

LECCIONES

EL PAPEL DE LAS ACTITUDES SUBJETIVAS EN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE C. S. NINO: ¿UN ENFOQUE AUTÉNTICAMENTE OBJETIVO?*

MATÍAS PARMIGIANI**

Resumen: La teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino se caracteriza por ser una teoría liberal o antiperfeccionista. Esto significa, en lo fundamental, que no hay lugar en ella para sanciones que tengan como propósito evitar la autodegradación del individuo o contribuir a su propio perfeccionamiento moral. El Estado solo tiene permitido apelar a su aparato coactivo con fines protectorios, por lo que ni siquiera el reproche que la pena típicamente comporta sería admisible para esta teoría. Más aún, puesto que el reproche usualmente supone pronunciarse sobre los atributos de una mente culpable, como los deseos y creencias de un individuo, tampoco este requisito tan característico de la dogmática penal encontraría allí asidero, dadas las implicancias presuntamente perfeccionistas que encerraría. Como su título lo indica, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar críticamente el papel que las actitudes subjetivas desempeñan en esta teoría. Aunque en última instancia ese papel será calificado como ambivalente y confuso, la hipótesis fundamental aquí defendida es que, contrariamente a lo que Nino supone, una adecuada comprensión del liberalismo no ofrece motivo alguno para temer que las actitudes subjetivas no puedan hallar después de todo un lugar importante en una concepción liberal de la responsabilidad penal.

Palabras clave: liberalismo — perfeccionismo — consentimiento — enantiotetelidad — reproche — culpabilidad — williams — scanlon

* Recepción del original: 04/02/2022. Aceptación: 28/04/2022.

** Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba; Investigador del CONICET (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - UNC/CONICET); Profesor de “Filosofía y Ética de la Educación” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); y Profesor de Ética y Filosofía en la Universidad Empresarial Siglo 21.

Abstract: C. S. Nino’s theory of criminal responsibility is known for being a liberal or anti-perfectionist theory. This means, first and foremost, that it stands against any attempt to link punishment with goals such as avoiding the self-degradation of individuals or contributing to their own moral improvement. The state’s coercive machinery is purported to fulfil an exclusive protective function, to the extent that not even blame is conceived any longer as part of the picture. Moreover, since blame usually involves assessing the features of an agent’s guilty mind, such as her desires and beliefs, Nino’s theory does also reject one of the most distinctive contributions of Criminal Law’s dogmatic, on account of the perfectionist implications it would give rise to. As announced by its title, the objective of the present paper is to critically analyze the role that subjective attitudes play in Nino’s theory. Although that role will be ultimately described as ambivalent and unclear, the main hypothesis defended here is that, in spite of Nino’s assumptions, an adequate understanding of liberalism does not offer any reason to believe that subjective attitudes may not find after all a significant place within a liberal conception of criminal responsibility.

Keywords: liberalism — perfectionism — consent — enantiotely — blame — guilt — williams — scanlon

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué lugar están llamadas a ocupar las intenciones, motivos, propósitos y otras clases de actitudes subjetivas en el derecho penal? Esta pregunta reviste una vaguedad tal que torna sumamente difícil ofrecer una respuesta simple y directa. Si, apelando a la dogmática tradicional, definimos “delito” como todo acto típico, antijurídico y culpable, aquellas actitudes subjetivas serían relevantes a fin de que se satisfaga esta última condición. Cuando ella no se satisface, el acto que se le imputa a un individuo no podrá configurarse como delito, lo que impedirá cargarlo con una responsabilidad penal determinada. Ahora bien, ¿qué sucede cuando se asume que la sola posesión de dichas actitudes basta para hacer a alguien penalmente responsable? Un derecho penal de acto, en contraposición a un derecho penal de autor, supone que los hombres solo pueden responsabilizarse por lo que hayan hecho, y no por lo que sean, sientan o piensen. Y, según sabemos, solo un derecho penal de acto es compatible con un derecho penal liberal. Sin embargo, aunque esto parezca claro, de aquí no se sigue que ese sea el

único aspecto que define a un derecho penal semejante.

Ya desde el inicio, convendría formular una precisión en todo esto. Tal como ha sido interpretada en el párrafo anterior, la pregunta original apunta al objeto o materia de la responsabilidad penal, que tan solo representa uno de los elementos que integran una teoría o concepción de la responsabilidad penal. Bernard Williams solía repetir que “cualquier concepción de la responsabilidad incluye cuatro elementos: causa, intención, estado y respuesta”.¹ Por eso, si se toma esta lista como referencia, el objeto o materia de la responsabilidad representaría una suerte de quinto elemento, el cual suscita la siguiente pregunta: ¿de qué cosas podemos ser responsabilizados? Desde un punto de vista netamente descriptivo, resulta evidente que podemos ser responsabilizados de cualquier cosa, incluyendo cosas que no hemos hecho o que de ninguna manera están bajo nuestro control, como la lluvia o el frío polar. Así ha sucedido en el pasado, y es posible que hoy siga sucediendo en algunas culturas remotas.² Sin embargo, es en el plano normativo que la pregunta adquiere relevancia. Pues bien, una teoría de la responsabilidad penal liberal opera precisamente en este plano y ella se caracteriza no solo por no admitir respuestas como las que se detectarían en tales culturas, sino tampoco otros tipos de reacciones, como las que se plasman en esos intentos de sancionar a alguien por el solo hecho de detentar ciertas actitudes subjetivas. Por cierto, la teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino constituye precisamente una teoría semejante, aunque dotada de sus propias características distintivas.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar esta teoría en lo que atañe al lugar en ella reservado para las actitudes subjetivas. Para ello, aquí se considerarán de manera excluyente dos de los elementos mencionados: el último elemento que menciona Williams y el quinto elemento añadido. Naturalmente, esto plantea un doble interrogante: (1) “¿de qué cosas podemos ser responsabilizados?” y (2) “¿de qué manera?”, de cuya primera parte ha sabido ocuparse la denominada teoría del delito y de cuya segunda parte ha sabido hacerlo la teoría de la pena. Al igual que otras teorías liberales de la responsabilidad penal, la teoría de Nino, según se viera, ofrece una primera respuesta aproximativa a (1), considerando injustifica-

1. WILLIAMS, “Responsabilidad moral y libertad política”, p. 141 y PARMIGIANI, “Elementos para un enfoque pragmatista”, p. 17 y ss.

2. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, pp. 79-80.

ble cualquier práctica tendiente a sancionar a las personas por sus actitudes subjetivas. Sin embargo, a diferencia de muchas de estas teorías, y, en particular, de las teorías de corte retribucionista, la teoría de Nino responde a (2) sin admitir bajo ningún concepto que la respuesta estatal al delito pueda institucionalizarse bajo la forma de un reproche. Dado que reprochar, a su criterio, implica ni más ni menos que censurar a una persona por el carácter o las actitudes subjetivas que detenta, un Estado que se precie de liberal no debería alentar juicios de reproche de ninguna naturaleza.³

A lo largo de las siguientes páginas, intentará demostrarse que el tratamiento que Nino le prodiga a las actitudes subjetivas en su teoría penal es ciertamente ambivalente y confuso. Nino, como se verá, reconoce explícitamente que su teoría encarna un enfoque objetivo de la responsabilidad, lo que suele implicar —según él mismo aclara en repetidas ocasiones— que las intenciones, los deseos o las creencias no tienen ninguna relevancia a la hora de determinar la responsabilidad penal de alguien por la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, llegado el momento de lidiar con las actitudes epistémicas en particular, la postura que adopta no solo no parece corresponderse con eso que declara explícitamente suscribir sino que, incluso, lo empuja a una clase de subjetivismo potencialmente riesgoso, contra el cual convendría estar prevenidos. Al reconstruir críticamente la postura de Nino, el propósito aquí buscado es el de mostrar por qué una teoría de la responsabilidad penal no puede ignorar las actitudes subjetivas, sin que esto implique desconocer aquellos casos en los cuales su papel haya de aparecer debilitado.

El trabajo se compone de cuatro secciones. La sección II está destinada a reconstruir con la mayor brevedad posible las principales características de la teoría de la responsabilidad de Nino, intentado arrojar luz sobre por qué se muestra refractaria a las actitudes subjetivas. Allí se introducirán las dos nociones clave de las que se ocupará el resto del trabajo: la noción de “consentimiento” y la de “enantiotelidad”. La sección III girará en torno a la noción de “consentimiento”, seguramente el sello más distintivo de la teoría penal del autor. Como se comprobará, Nino aspira a que esta noción pueda sustituir la vieja idea de “culpabilidad” de la dogmática penal sin caer en el subjetivismo y el perfeccionismo estatal que ella misma compor-

3. NINO, “Los límites a la aplicación de la moral a través del Derecho Penal”, pp. 59-62 y Parmigiani, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”.

taría. Sin embargo, contrariamente a lo que él supone, en esta sección se argumentará que el único modo de lograr que se satisfagan los estándares mínimos de objetividad que una teoría de la responsabilidad penal debería respetar precisamente consiste en abandonar uno de los rasgos que Nino considera definitorios de dicha noción. La sección IV se ocupará de la noción de “enantiotelidad” que Nino ha ideado en reemplazo de la vieja idea de “antijuridicidad” de la dogmática. El argumento que allí se expone en contra de esta noción guarda similitudes con el argumento precedente, en el sentido de que apunta a evidenciar de qué forma conviven en ella dos enfoques incompatibles sobre la responsabilidad: uno objetivo y otro subjetivo, sin que sea posible determinar por cuál de ellos se decanta el autor. Finalmente, en la sección V, se repasará el recorrido efectuado, con la intención de considerar qué elementos podrían rescatarse del prevenciónismo y el liberalismo que Nino mismo defendió para fijar los alcances y las limitaciones del Estado en materia de responsabilidad penal.

II. LIBERALISMO, SANCIÓN Y REPROCHE: UN BREVE REPASO CONCEPTUAL

Se mencionó en la Introducción la razón por la cual Nino se muestra refractario a la idea de reproche en el ámbito penal. A su entender, el reproche implica “un juicio acerca del carácter moral o de las cualidades intelectuales de una persona”, que sería lo que se pone de manifiesto “cuando se reprocha a alguien por una cierta acción mala”.⁴ Por eso, una vez que asumimos que la función del Estado, bajo una concepción retribucionista de la pena, consiste en valorar negativamente dicho carácter o cualidades, estaremos autorizándolo a “darle sello oficial a ciertos ideales de virtud personal”,⁵ lo cual sería “incompatible con una concepción liberal de la sociedad”.⁶

Aunque esta noción de reproche ya ha sido fuertemente criticada en otros trabajos,⁷ aquí bien podría darse por válida. La inquietud pasa, en

4. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 116-117.

5. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 38.

6. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 37.

7. PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino” y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche en *Motivos reprochables*, de J. M. Peralta”.

cualquier caso, por determinar qué papel juegan en todo esto nuestras actitudes subjetivas y por qué pronunciarse sobre ellas implicaría asumir una postura perfeccionista o incompatible con una concepción liberal de la sociedad. En este punto, la respuesta de Nino dista de ser unívoca. Sin ir más lejos, constátese lo que escribe a continuación del pasaje previamente citado: “La exigencia de ciertas creencias y deseos como condición del reproche se explica precisamente porque ellas sirven de nexo entre el carácter del agente y su actividad física”.⁸ La inferencia está a la vista: si se desecha la función reprochadora del Estado, entonces se renuncia por eso mismo a una exigencia, precisamente la de verificar la ocurrencia de ciertas actitudes subjetivas a la hora de respaldar una respuesta penal. En el enfoque de Nino, por cierto, es justamente una inferencia así la que se constata. Pero supóngase que la respuesta estatal al delito no admitiera función reprochadora alguna, como piensa el propio Nino.⁹ ¿Acaso no podría suceder que esa respuesta penal alternativa aun así dependiera de la verificación de ciertos deseos y creencias en la mentalidad del agente delictivo? En todo caso, a fin de no incurrir en la falacia de negación del antecedente, lo que no puede aceptarse es que la sola negación del carácter reprochador de la respuesta estatal baste para desterrar a las actitudes subjetivas del ámbito penal.

Desde luego, como ya se dijo, esta es solo una manera de reconstruir la postura de Nino. No obstante, en algunos de sus escritos, las creencias y los deseos no actúan meramente como la condición verificadora de un mal carácter, sino que aparecen como el objeto mismo al que se dirige el reproche. Tal es el caso, por ejemplo, de *Introducción a la filosofía de la acción humana*, texto en el cual Nino sostiene no solo que el reproche se dirige “en forma inmediata a los deseos” —escribe en ese sentido: “reprochar moralmente a alguien un comportamiento supone sostener que él fue provocado por un deseo disvalioso”—,¹⁰ sino también a las creencias, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, cada vez que criticamos a alguien por tener ideas misóginas o racistas.¹¹ Que, en última instancia, esto haya de ser así no debería ser motivo de sorpresa: nuestros deseos y creencias, junto a otras actitudes subjetivas, como las pasiones, emociones o prefe-

8. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 38.

9. Véase el Apartado IV.

10. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

11. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

rencias, constituyen una parte indisociable de nuestro propio carácter moral. ¿De qué otro modo, pues, podría ser alguien reprochado si no fuera remitiéndonos a estas actitudes? Por supuesto, también las disposiciones anímicas son una parte constitutiva del carácter moral de los individuos y ellas distan de ser fenómenos meramente subjetivos o mentales. De cualquier modo, esto no modifica la conclusión: si el reproche implica, al decir de Nino, “un juicio acerca del carácter moral [...] de una persona”,¹² este supondrá pronunciarse negativamente sobre cualquiera de sus posibles componentes, revistan o no un carácter subjetivo.

Tal como se anunció al inicio, la teoría de la responsabilidad penal de Nino bien podría caracterizarse en función de las respuestas que formule a dos clases de preguntas: (1) “¿de qué cosas podemos ser responsabilizados?” y (2) “¿de qué manera?”. A (1) Nino responde de forma taxativa: solo podemos ser responsabilizados de aquello que hacemos, no de lo que deseamos, sentimos o creemos. Esta primera respuesta, según parece, conminaría las actitudes subjetivas a la intrascendencia. Sin embargo, no debe perderse de vista el modo particular en el que Nino da cuenta de lo que hacemos. Después de todo, en la medida en que tanto desear como creer —justificadamente, por cierto—¹³ constituyan el resultado de un verdadero proceso deliberativo, no habrá más remedio que interpretarlas como acciones auténticas. Nino es consciente de este detalle, pero insiste en que no todo lo que hacemos tiene por qué ser relevante en un derecho penal liberal. Así, por ejemplo, si no se produce un resultado dañoso o lesivo, o no se infringe el propósito que la ley penal buscaría proteger, ¿por qué razón el Estado estaría interesado en intervenir?¹⁴ De por sí, acciones internas o

12. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

13. La aclaración es importante por la siguiente razón: si los deseos y las creencias son involuntarias, como sostiene en buena medida cierta literatura filosófica (al respecto, véase WILLIAMS, “Deciding to Believe” y FRANKFURT, “Necesidad y deseo”), entonces bien podría dudarse sobre la propiedad de considerarlas “acciones” auténticas (sobre este punto, véase en particular GUARIGLIA y VIDIELLA, *Breviario de ética*, Cap. 4). Al aclarar, pues, que los deseos o creencias “justificadas” podrían interpretarse como formas de actuar o de hacer, aquí simplemente se asume que existe la posibilidad de que un agente desee o crea en algo tras realizar las deliberaciones adecuadas, lo que involucra un elemento de voluntariedad que no está presente en los deseos o creencias que uno simplemente tiene o adquiere de manera fortuita como producto de las distintas interacciones que lleva a cabo con su entorno natural y social.

14. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 324 y ss. Véase el Apartado III.

mentales como deliberar o pensar no están en condiciones de impactar externamente en el mundo, y eso parece suficiente para hacerlas no punibles.

Por su parte, en relación con (2), Nino ofrece una respuesta que no solo está íntimamente vinculada con su respuesta a (1), sino que sirve para completarla, e incorpora un elemento adicional. El único propósito que debería gobernar la política penal de un Estado liberal, piensa Nino, es el de la prevención. Sin embargo, a fin de que una respuesta preventiva no infrinja el principio de inviolabilidad de la persona que nos insta a no instrumentalizar a los seres humanos, Nino introduce un requisito adicional: la pena, además de cumplir un rol preventivo, debe contar con el consentimiento de su destinatario.¹⁵ Este requisito, sin dudas uno de los elementos más característicos de la teoría penal del autor, pretende justificar el castigo imitando el modo como en las áreas de la responsabilidad contractual y extracontractual se justifican las distribuciones de cargas sobre ciertos particulares, así como las desposiciones de muchos de sus beneficios. Para Nino, quien realiza un acto voluntario y a sabiendas de las consecuencias normativas que se siguen de este acto, consiente esas mismas consecuencias normativas, de modo similar a quien toma voluntariamente el producto de la góndola de un supermercado accede a pagar el precio correspondiente.¹⁶ Además, él aclara que este rasgo consensual es completamente independiente de cualquier actitud que el agente adopte con relación a dichas obligaciones normativas. En sus propias palabras:

“Una persona puede, mediante su consentimiento, asumir la obligación de realizar un acto a pesar de que esto le disguste enormemente o de que no tenga intención de hacerlo llegado el momento, e incluso puede confiar en que la obligación nunca le será exigida”.¹⁷

III. ¿UN ENFOQUE OBJETIVO Y ANTIPERFECCIONISTA? ALGUNAS TENSIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE “CONSENTIMIENTO”

Estas dos respuestas íntimamente vinculadas a (1) y (2) parecen situar a Nino del lado de lo que podría definirse como un enfoque objetivo de la

15. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 233 y ss.

16. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 233 y ss.

17. NINO, “Una teoría consensual de la pena”, p. 122.

responsabilidad penal, básicamente porque ambas se mostrarían refractarias a la idea de incluir cualquier referencia a nuestras actitudes subjetivas. Y, en rigor, si uno se remite a lo que figura expresamente en *Los límites de la responsabilidad penal* y *La legítima defensa*, las dos obras en las que la teoría penal de Nino se expone de manera más extensa y pormenorizada, comprobará sin dificultad que esa hipótesis dista de resultar antojadiza. Más aún, a lo largo de *Los límites*, Nino deja entrever su predilección por el enfoque objetivo en repetidas ocasiones, como cuando, en la sección en donde introduce el principio de “enantiotelidad”, sugiere que su teoría de la adjudicación “no depende de las actitudes subjetivas del agente”, siendo más próxima en este sentido “a la concepción de antijuridicidad de Beling”.¹⁸ Pero, indudablemente, el reconocimiento más explícito de este carácter se produce cuando, ya en la parte final de la obra, califica de “objetivista” su enfoque, por defender, entre otras cosas, que “los delitos por negligencia no difieren objetivamente de los delitos imprudentes, ni aun siquiera de aquellos en que se consiente en producir el resultado dañoso”.¹⁹

Años más tarde, Nino revisará esta postura, e introducirá algunas matizaciones. Resulta clave en este recorrido su artículo titulado “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal”, en donde, tras definir lo que implica a grandes rasgos adoptar un enfoque más o menos objetivista de la responsabilidad (básicamente, un enfoque que sancione con la misma intensidad los delitos en grado de tentativa y los delitos de resultado, por oposición a un enfoque que se niegue a hacerlo), arguye que su propia teoría constituiría un intento de mediación entre estos extremos. No obstante, los autores que mayormente ocupan allí a Nino —como Welzel, Kaufmann, Zielinsky o Sancinetti—, y sobre los que dirige casi todo el peso de su crítica, se agrupan bajo el enfoque de la responsabilidad penal que él mismo denomina “subjetivo”.²⁰ Sintomáticamente, Nino pregunta ya hacia el final del texto: “¿quiere ello decir que yo definiendo un enfoque puramente objetivo de la responsabilidad criminal, que haría a la gente responsable lo mismo por delitos intencionales que por delitos imprudentes, o incluso por hechos accidentales?”.²¹ “Por supuesto que no”, añade inmediatamente a continua-

18. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 328.

19. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 425-426.

20. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, pp. 73-88.

21. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 95.

ción.²² Sin embargo, cuando llega el momento de explicar por qué su teoría no sería objetiva, algo que antes no había tenido problemas en reconocer,²³ solo atina a repetir lo mismo que había defendido en aquellas ocasiones anteriores, es decir: porque ella invoca el requisito del consentimiento como la única condición capaz de justificar la imposición de una pena sobre un individuo con fines preventivos.

Con todo, al menos parece haber un dato novedoso en este texto. Cabe recordar aquí que la razón por la cual Nino rechaza el requisito de culpabilidad de la dogmática tradicional está relacionada con las implicancias perfeccionistas que trae aparejado.²⁴ Si la culpabilidad remite a una mente reprochable como condición de la responsabilidad y hacer a alguien responsable implica ni más ni menos que formularle una forma de reproche por las actitudes subjetivas que detenta, las que en última instancia remiten al carácter o personalidad moral del agente, entonces el perfeccionismo cae de maduro. Ahora bien, con independencia de ello, la novedad en este texto viene dada por el modo como Nino califica el consentimiento, el cual “se basa”, según escribe, “en determinadas actitudes subjetivas —la voluntariedad del acto, el conocimiento de que de acuerdo con la ley ello implica un castigo— sin ninguna conexión con la culpa por los rasgos del carácter”.²⁵ En rigor, tampoco se trataría de una novedad auténtica, ya que en *Los límites* él también definió el consentimiento como una actitud subjetiva particular,²⁶ aunque en un contexto semántico distinto, en el que por cierto no estaba bajo juicio el grado de objetividad o subjetividad de su teoría penal. De todos modos, sin importar dónde lo haya dicho, la cuestión relevante seguiría siendo la misma: ¿constituyen estos pasajes una admisión explícita por parte de Nino de que su teoría de la responsabilidad no puede prescindir de las actitudes subjetivas? (A) Y, si así lo fuera, ¿implicaría esto que, después de todo, Nino abrazaría una forma de perfeccionismo? (B).²⁷

22. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 95.

23. Véase el apartado anterior.

24. Véase el apartado anterior. MALAMUD GOTI, “Comentario bibliográfico al libro de C. S. Nino...”, p. 161 y BEADE, “El problema del antiperfeccionismo en el...”.

25. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 96.

26. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 378-379.

27. BEADE, “El problema del antiperfeccionismo en el...”, pp. 161-162 y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión...”.

A fin de abordar la primera pregunta (A), es necesario descifrar qué entiende Nino por la “voluntariedad” de un acto. Puesto que en el artículo citado no hay ninguna pista al respecto, estamos obligados a guiarnos por lo expresado en *Los límites*. Y, allí, cuando se analiza la cuestión de la voluntariedad bajo el acápite titulado “La posibilidad de evitar la responsabilidad penal y el problema del libre albedrío”,²⁸ Nino remarca explícitamente que el significado de “voluntariedad” que él considera relevante no alude al hecho de que una acción no sea deónticamente obligatoria, ni al hecho de que sea intencional, espontánea o ejecutada de buen grado, sino al hecho de que no sea constreñida o coaccionada,²⁹ lo cual parece negar de plano cualquier posibilidad de atribuirle un carácter subjetivo. Pero si la voluntariedad de un acto no tiene nada que ver con la presencia de una actitud subjetiva, lo único que resta analizar es el requisito del conocimiento involucrado en dicho acto. ¿Estamos ante la presencia de una auténtica actitud subjetiva? Obviamente que lo estamos, ya que las creencias, al igual que los deseos, constituyen auténticas actitudes subjetivas, dotadas de cierto contenido proposicional. Nino, pues, es perfectamente consciente de este punto, y por eso no parece tener más alternativa que reconocer que su teoría consensual de la responsabilidad penal involucra al menos un elemento claramente subjetivo.³⁰ Recuérdese una vez más que, según su propio enfoque, el consentimiento a la sanción que manifiesta quien infringe una norma penal, y permite así justificarla, es predicable de todo acto voluntario en la medida en que su autor sea consciente de las consecuencias normativas que necesariamente se seguirían de este, es decir: en la medida en que crea de alguna forma en esta necesidad.³¹ Sin embargo, precisamente aquí es donde conviene introducir una nota crítica en su planteo general.

Como ha notado Scanlon, una cosa es lo que una persona supo o creyó en una determinada circunstancia, y otra cosa es lo que esa persona podía, debía y/o estaba autorizada a creer.³² Así, solo por utilizar un ejemplo que el propio Nino emplea en *Los límites*, una cosa es lo que el cirujano creyó

28. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 351 y ss.

29. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 351-352.

30. Véase el apartado siguiente.

31. Véase el apartado anterior. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 233 y ss. PARMIGIANI, “La teoría consensual de la pena...”.

32. SCANLON, “Castigo penal e imperio de la ley”.

estar haciendo cuando intervino quirúrgicamente a su paciente, y otra cosa es lo que él podía, debía y/o estaba autorizado a creer.³³ Para seguir con este caso, suponiendo que el médico operara a su paciente incurriendo en un procedimiento irrazonablemente arriesgado sin saber que había otro procedimiento recomendable (o —lo que es igual— creyendo que ese procedimiento era el único disponible), entonces esta creencia difícilmente alcanzará a eximirlo de responsabilidad en el hipotético caso de que el paciente muera como producto de la operación.

Desde luego, el ejemplo de Nino sirve para ilustrar un punto relativo a la “enantiotelidad” del acto delictivo, que es un asunto que no debe confundirse con su naturaleza consensual (más allá de que lo primero sea condición de lo segundo, como volverá a constatare en unos instantes).³⁴ No obstante, lo que vale para un caso bien puede valer al mismo tiempo para el otro. En efecto, si para imputarle a un individuo una responsabilidad penal por un acto delictivo solo fuera importante lo que dicho individuo efectivamente creyó acerca de las consecuencias normativas previstas en su legislación penal, entonces la ignorancia de la ley excusaría al transgresor. Pero Nino parece tener razones realmente poderosas para evitar esta conclusión, como las tendría cualquier otro filósofo o penalista.³⁵ Luego, si su teoría de la responsabilidad penal todavía aspira a conservar algún atractivo, el requisito relativo al conocimiento de las consecuencias normativas que acompañan a un acto ya no puede remitir sin más a las creencias que un individuo tenga, sino a las creencias que podía, debía o estaba autorizado a tener. Y como este requisito nos sitúa en un plano de análisis netamente normativo, la subjetividad que Nino parecería obligado a abrazar a fin de caracterizar el consentimiento deberá abandonarse en beneficio de un enfoque más objetivo, como el enfoque que él mismo asume explícitamente en algunos pasajes de *Los límites*.³⁶

Resulta importante formular aquí esta advertencia sobre las tensiones conceptuales que afectan el enfoque de Nino no porque se imponga un propósito exegético, sino para mostrar que la posibilidad de ofrecer una caracterización objetiva del consentimiento no necesariamente pone a Nino a resguardo del perfeccionismo, como parecía sugerirlo la segunda

33. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 471.

34. Véase el Apartado III.

35. IMBRISEVIC, “Why is (Claiming) Ignorance of the Law No Excuse?”.

36. Véase el apartado anterior.

pregunta antes planteada (B).¹ La derivación es ciertamente curiosa, pero todo parece indicar que una teoría como la suya, liberada del lastre subjetivista, se acoplaría al perfeccionismo, tal cual él mismo lo caracteriza, de manera mucho más nítida que una teoría que simplemente estatuya como condición de la responsabilidad penal las creencias que de hecho tienen las personas. La razón es evidente: si ser perfeccionista implica censurar a alguien por aquellas cosas que siente o desea, así como por aquellas cosas en las que cree, entonces cada vez que responsabilizamos a alguien por haber vulnerado una norma penal cuyas consecuencias debió haber previsto, lo estamos obligando a llevar una carga por no creer en ciertas cosas; o bien, puesto a la inversa, por creer en cosas distintas de aquellas en las que debería haber creído.²

A esta altura, las alternativas parecen reducirse a dos. La primera consiste en aferrarse una vez más a la fórmula original de Nino: solo consiente cargar con un determinado tipo de respuesta penal quien realiza un acto voluntario a sabiendas de las consecuencias normativas que este acto genera. Sin embargo, ya se ha visto a dónde conduce una opción semejante.³ Por su parte, la segunda alternativa consiste en abrazar abiertamente el objetivismo, pero advirtiendo que nadie es responsabilizado por el contenido específico de sus creencias, sino por el hecho de no creer en aquello que debería creer en determinadas circunstancias, básicamente aquellas en las que no tomar por ciertas algunas proposiciones podría poner en riesgo ciertos bienes que gozan de protección jurídica.⁴ Aunque esta alternativa parezca la más razonable en términos generales, no es evidente que ella desplace por completo el perfeccionismo. Veámoslo con mayor detenimiento.

Tradicionalmente, los análisis en torno a esta doctrina del accionar estatal, pero en especial los de Nino, han estado vinculados a lo que puede hacer el Estado para evitar que los individuos incurran en conductas o adopten determinadas actitudes, entre las que suelen destacarse los deseos y las emociones, pero a las que también podrían sumarse las creencias. Lo que no está claro, sin embargo, son los tipos de actitudes cuya imposición o censura resultan características del perfeccionismo. En algunos de sus escritos, Nino sostiene que el perfeccionismo debe leerse como un intento

1. Véase el apartado anterior.

2. PÉREZ BARBERÁ, “El concepto de dolo en el...”, p. 39 y ss.

3. Véase el apartado anterior.

4. PÉREZ BARBERÁ, “El concepto de dolo en el...”, p. 39 y ss.

de utilizar el aparato coactivo estatal tanto con el fin de imponer ideales de excelencia humana como con el fin de evitar la autodegradación moral de los individuos. Por eso, un liberalismo consecuente debería evitar que el Estado se aboque a tareas semejantes.⁵ Sin embargo, a partir de esta caracterización del liberalismo, Nino parece inferir que tampoco resultan admisibles los intentos de imponer o evitar ningún tipo de actitud subjetiva, puesto que las actitudes subjetivas, sin importar su contenido, no afectarían de por sí a nadie que no sea su portador.⁶ En tal sentido, ellas formarían parte del ámbito privado o autorreferencial del ser humano, y es precisamente este ámbito el que merecería una protección eminente en un sistema jurídico liberal o no perfeccionista. Para Nino, pues, si una acción carece de repercusiones públicas o intersubjetivas, entonces dicha acción debería eximirse de la autoridad del Estado.⁷

Por supuesto, tanto lo privado y autorreferencial, por un lado, como lo público e intersubjetivo, por el otro, constituyen adjetivos que típicamente empleamos para calificar acciones, como lo hace por ejemplo el artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina al decir que están “exentas de la autoridad de los magistrados” ni más ni menos que las “acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública”. Ahora bien, si actitudes subjetivas como los deseos y las creencias son concebidas como estados mentales más que

5. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, p. 485; NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, pp. 88-89. BEADE; “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino” y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”.

6. Aquí hay una inconsistencia llamativa en la que el autor no parece haber reparado. Nino sostiene que penar a una persona por poseer ciertas actitudes subjetivas sería perfeccionista en virtud de que esta sola posesión tan solo implica una autodegradación moral de su poseedor. Sin embargo, en ninguna parte de su obra se dispone a dar razón de esta implicancia. Por ejemplo, si X desea matar a su tío para heredar su fortuna, ¿en qué sentido este deseo (malicioso) implicaría una autodegradación personal? ¿Acaso nos degradamos moralmente solo por desear o creer en ciertas cosas? En realidad, una doctrina moral auténticamente perfeccionista no tiene por qué admitir nada de esto. Ella podría sostener que la degradación moral solo ocurre cuando alguien realiza ciertos cursos de acción autorreferenciales que no le convienen o para los cuales no está a la altura, digamos, y no meramente porque *desea* transformarse en alguien para lo cual carece de talento o capacidad.

7. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 316 y ss. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 426-427.

como acciones auténticas, contraviniendo la suposición formulada en la sección precedente,⁸ entonces se plantea el interrogante de qué cabe hacer con ellas. Por lo pronto, ¿cualquier deseo o creencia merecería la misma protección especial frente al Estado?

En el universo de las acciones, esta pregunta se responde con relativa sencillez de acuerdo a los efectos que ellas provocan, es decir: atendiendo a si recaen en el propio agente que realiza la acción o en terceras personas. Si sucede lo primero, las acciones serán autorreferenciales y merecerán por eso una protección especial; si sucede lo segundo, entonces serán intersubjetivas y perderán la protección. Pero las actitudes subjetivas, que por su propia constitución carecen de efectos intersubjetivos directos o inmediatos, poseen no obstante una intersubjetividad —y, por ende, una autorreferencialidad— de una clase diferente, relativa al contenido proposicional que las caracteriza. Así, por ejemplo, quien desea ser más delgado, lo mismo que quien cree contar con un plan para lograr este propósito, típicamente albergará una actitud de contenido autorreferencial, algo que no ocurre con quien desea asesinar a su cónyuge o simplemente cree, como el médico del ejemplo de Nino, que no existe otro procedimiento quirúrgico más eficiente para operar a su paciente que aquel que resulta irrazonablemente riesgoso. Aunque las actitudes subjetivas de esta segunda categoría no se traduzcan en acciones concretas, ¿podría decirse por eso que ellas merecen la misma protección frente al Estado que las actitudes subjetivas de la primera categoría? Más aún, ¿de qué clase de protección podría tratarse?

Tal como están las cosas, resulta obvio que un Estado que aplique una política penal tendiente a sancionar a los individuos por acciones que no infrinjan ninguna pauta intersubjetiva o pública de conducta será un Estado perfeccionista o antiliberal. Por esa misma razón, un Estado que, por caso, decidiera privar de su libertad a quien meramente detenta una actitud subjetiva cuyo contenido proposicional fuera contrario al bien jurídico protegido en una norma penal incurriría, probablemente, en una forma de perfeccionismo. Sin embargo, ¿sería igualmente perfeccionista un Estado que solo se limitara a censurar o reprobar ciertas creencias, como la creencia del médico del ejemplo? ¿Y sería un Estado semejante tan perfeccionista o antiliberal como un Estado que, además de reprobar estas creencias, pretendiera hacer lo propio con muchas otras creencias típicamente auto-

8. Véase el apartado anterior.

rreferenciales, como la creencia de quien cuenta con un plan para bajar de peso, destacarse en su profesión o cumplir un anhelo? En una teoría como la de Nino, las respuestas para ambas preguntas resultan contraintuitivamente afirmativas, lo que demuestra, a las claras, que hay algo por lo menos inadecuado en su comprensión general del liberalismo.⁹

Los pocos ejemplos aludidos, entre muchos otros que cabría traer a colación, parecen suficientes para mostrar que los temores perfeccionistas se disipan una vez que se distingue, tal como aquí se ha hecho, entre dos clases de actitudes subjetivas, definidas en virtud de su contenido proposicional. Con respecto a las actitudes epistémicas en particular, lo que los ejemplos permiten apreciar es que, en principio, no resulta antiliberal que un Estado se pronuncie censurando su contenido, especialmente cuando el individuo que detenta cierta creencia debe cumplir un rol social determinado. Esto puede ocurrir tanto antes como durante la etapa sancionatoria, aunque en este último caso la censura o reprobación será más grave, en virtud de que la actitud subjetiva reprochada se habrá plasmado en una acción. Ahora bien, como se verá más claramente en la siguiente sección,¹⁰ la mayor parte de las creencias aquí suscitadas son relevantes para determinar, no ya el consentimiento a la pena, sino el grado de enantiotelidad de una acción, que es un requisito que, si bien está íntimamente vinculado al consentimiento, no debe confundirse con él. Pero en el caso del consentimiento, como ya se ha visto, las creencias que resultan relevantes están referidas a las consecuencias normativas que presuntamente se siguen de ciertos actos enantiotéticos. La pregunta, entonces, es la siguiente: un Estado que, además de sancionar penalmente a un individuo por transgredir una norma, le reprocha haber creído falsamente que ciertas consecuencias legales no le eran aplicables, ¿actúa por eso de manera perfeccionista?

Si se toma en cuenta que estamos ante la presencia de una actitud epistémica de contenido proposicional intersubjetivo, y no meramente autorreferencial, entonces la respuesta será negativa. El problema, no obstante, es que la razón por la cual el Estado no incurriría en este caso en una maniobra perfeccionista habrá perdido cualquier conexión con la razón que el propio Nino esgrime. Pues para él, según se viera, lo que garantiza la ausencia de perfeccionismo es el hecho de que sea el propio destinatario de

9. PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión...”.

10. Véase el apartado siguiente.

la sanción quien preste su consentimiento para esta, una actitud que aquí brillaría por su ausencia.¹¹

Evidentemente hay situaciones en las que penar a alguien que desconoce las consecuencias normativas de su conducta resulta inadmisibile. Nuestras legislaciones penales contemplan tales excepciones como “errores de prohibición”, una figura prevista para excusar a todo aquel que haya obrado con un grado de ignorancia insuperable sobre los alcances de la ley infringida. Sin embargo, el hecho de que estas excepciones merezcan contemplarse en nuestras legislaciones responde a una razón que no tiene nada que ver con que las personas a veces actúen sin prestar consentimiento. Más bien, la razón estaría vinculada al hecho de que las personas que verdaderamente incurrir en un error de prohibición no parecen haber contado con la oportunidad de obrar de otra manera. En palabras de Scanlon:

“[...] lo que es relevante no es lo que la persona sabía acerca de las consecuencias normativas de su acto, sino lo que pudo haber sabido, ejerciendo un nivel de cuidado razonable, acerca de sus consecuencias probables y de la existencia de cursos alternativos de acción”.¹²

Nino podría replicar que el valor que aquí está en juego es precisamente el de la oportunidad de consentir (o disentir), que es el valor que se viola cuando un individuo que comete un error de prohibición es tratado como si no lo hubiera cometido. En rigor, no obstante, la oportunidad de obrar de otra manera constituye un valor mucho más amplio que la oportunidad de consentir, del cual esta última forma parte. Desde luego, quien infringe una ley que debía mas no pudo conocer, mal podría consentir sus consecuencias normativas. Pero tampoco quien infringe o, por lo demás, obedece una ley que sí conoce necesariamente tiene que haber contado con la oportunidad de consentirla. Después de todo, podría tratarse de una ley que le parezca profundamente inmoral, que no haya votado, sobre la que

11. En rigor, lo que para Nino hace el consentimiento en el terreno de la justificación penal no es garantizar la ausencia de perfeccionismo, sino el hecho de que una persona no sea instrumentalizada en pos de la realización de fines u objetivos que no comparte. Sin embargo, no deja de ser cierto que el consentimiento también está en condiciones de garantizar lo primero, como así también la ausencia de paternalismo.

12. SCANLON, “Castigo penal e imperio de la ley”, p. 313.

haya disentido expresamente o en cuyo proceso de promulgación no haya tenido ninguna injerencia o participación. En cualquier caso, una vez que esta ley se publica en el Boletín Oficial y se da a conocer debidamente, lo que este individuo no puede objetar es que no se le haya permitido obrar de otra manera, porque esta es una oportunidad que sí se le ha concedido.

IV. ALGUNAS TENSIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE “ENANTIOTELIDAD”

El objetivo de la sección anterior consistió en mostrar que la teoría de la responsabilidad penal de Nino se debate incómodamente entre dos alternativas: por una parte, la de abrazar un enfoque objetivo que definitivamente se desentienda de las actitudes subjetivas en la atribución de responsabilidad penal, pero que al mismo tiempo haga colapsar la noción de consentimiento; y, por otra parte, la de abrazar un enfoque que reconozca los elementos subjetivos que condicionan el consentimiento a la sanción, aunque al precio de aceptar la posibilidad de que aquellas personas que ignoran las consecuencias normativas de sus acciones sean eximidas de responsabilidad penal. Ninguna de estas alternativas, según se sostuvo, está exenta de dificultades. Sin embargo, también se ha dicho que las razones para abrazar un enfoque objetivo desaparecen ni bien se advierte que las actitudes subjetivas que condicionarían la imputación de responsabilidad penal no tienen por qué depositarnos en las manos de un perfeccionismo estatal que sanciona a los individuos por lo que piensan y/o desean, con el propósito de evitar que sus pensamientos y/o deseos desemboquen en última instancia en su propia autodegradación moral.

La noción sobre la cual girará la presente sección, según ya se adelantó, es la noción de enantiotelidad, a la que Nino, sin duda, le adjudica un papel central en su teoría de la responsabilidad penal, aunque subsidiario del que le adjudica al consentimiento. Lo primero que aquí se hará, pues, es reconstruir esta noción apelando fundamentalmente a *Los límites*, pero mostrando las inconsistencias definicionales allí presentes. Tal como sucedía con la noción de consentimiento que Nino emplea, la noción de enantiotelidad también se debate irresolublemente entre dos clases de enfoque: un enfoque objetivo y un enfoque subjetivo, siendo por momentos sumamente difícil determinar cuál de estos enfoques calza mejor con ella. Por eso, una vez que estas inconsistencias se pongan en evidencia, lo segundo

que aquí se hará es mostrar que no hay ninguna razón de peso para pensar que esta noción, destinada a poner en evidencia cuáles son las acciones que harían pasibles a sus autores de responsabilidad penal, pueda operar sin tomar en cuenta nuestras actitudes subjetivas.

Nino define la noción de enantiotelidad al mismo tiempo como un principio y como un atributo. Se trata de un principio, según afirma en *Los límites*, en virtud de que establece un límite a las pretensiones punitivas del Estado. No obstante, a la hora de determinar en qué consiste este límite, la ambigüedad se manifiesta desde el inicio. Nino afirma, por una parte, que el límite viene dado por la prohibición de penar acciones que la ley no trata de disuadir (o, puesto a la inversa, por la permisón de penar solo aquellas acciones que la ley trata de disuadir). Pero al mismo tiempo afirma, por otra parte, que dichas acciones son punibles cuando causan “el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir”.¹³ Mientras la primera definición parece contemplar la posibilidad de penar acciones de cierta tipología que no necesariamente culminen en la producción de un resultado lesivo, lo que fija el umbral de intervención a una determinada altura, la segunda definición parece requerir que este resultado se produzca, introduciendo una exigencia mayor para el ejercicio del poder punitivo.

Al mismo tiempo, Nino define la noción de enantiotelidad como un atributo, ya que, por más que no emplee este término, utiliza el adjetivo “enantiotélica(s)” para calificar el universo de acciones que reúnen la propiedad de vulnerar los propósitos que las leyes penales buscarían proteger, cualesquiera sean. Sin embargo, debido a la ambigüedad aludida en el punto anterior, tampoco es claro en este caso qué haya de valer por una acción con esta propiedad. Al menos, las cuatro siguientes posibilidades lógicas parecen estar contempladas:

- Puede tratarse de una acción (un acto-caso) que, en virtud de su tipología genérica distintiva (esto es: en virtud de su subsunción en un acto-tipo), tendería a (o haría más probable) vulnerar el propósito que la ley penal buscaría proteger.¹⁴

13. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 324.

14. Las nociones de *acto-caso* y *acto-tipo* han sido tomadas del propio Nino, quien las emplea en el capítulo VI de *Introducción a la filosofía de la acción humana* (p. 69 y ss.), discutiendo la teoría de la intencionalidad de Alvin Goldman. De todos modos, cabe notar que ellas no parecen jugar ningún papel a la hora de definir la enantiotelidad del acto delic-

- Puede tratarse de una acción (un acto-caso) que, en virtud de su tipología genérica distintiva (esto es: en virtud de su subsunción en un acto-tipo), tendería a (o haría más probable) vulnerar el propósito que la ley buscaría proteger una vez que dicha acción culmina en un resultado lesivo.
- Puede tratarse de una acción que, sin subsumirse en una tipología genérica distintiva (por lo que no hay ni acto-caso ni acto-tipo)¹⁵ simplemente vulnera el propósito de la ley penal, aunque sin producir necesariamente un resultado lesivo.
- Puede tratarse de una acción que, sin subsumirse en una tipología genérica distintiva (por lo que no hay ni acto-caso ni acto-tipo), vulnera el propósito de la ley penal por producir un resultado lesivo determinado.

Esta clasificación presenta una complejidad que aquí no podrá abordarse con el rigor del caso, pero todas las posibilidades contempladas en la lista son compatibles con algo que Nino considera esencial para la enantiotelidad, a saber: el hecho de que ella, a diferencia de “la moderna noción de antijuridicidad”, no dependa de “las actitudes subjetivas del agente” implicado en cada acción.¹⁶ Nino es enfático en este punto, al igual que lo había sido al definir el consentimiento. Por eso, bien vale la pena citar lo que escribe al respecto en toda su extensión:

“Otro rasgo de esta noción de enantiotelidad es también de gran importancia. Ya vimos que la concepción liberal del derecho penal implica que las conductas que deben proscribirse no se relacionan con cualidades morales de los individuos que suponen ideales de perfección humana, y, por tanto, que las intenciones y los motivos que indican perversidad moral no deberían ser relevantes para la definición de las situaciones que deben prevenirse. Los daños y riesgos que el derecho tiene que prevenir *son independientes de*

tivo llevada a cabo en *Los límites*.

15. Valga la siguiente aclaración: un acto individual que no se subsume en un acto genérico determinado (es decir, en un acto-tipo contemplado en una norma penal) no puede considerarse en rigor un acto-caso, aunque comparta con el acto-caso la propiedad de ser un acto individual. Esta diferencia puede ser relevante para analizar lo que separa a los actos idóneos de los inidóneos, aunque aquí no se ahondará en este análisis.

16. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 328.

cualquier determinación acerca del estado psíquico con que se los causó. Esto también es aplicable al requisito de que la acción del caso concreto sea dañosa o peligrosa. La razón de requerir enantiotelidad es ajena a las actitudes subjetivas del agente. Reprimir una acción que no vulnera los intereses protegidos por la ley (o que causa un daño que es necesario para evitar otro mayor) tiene efectos indeseables cualesquiera que sean las creencias o intenciones del agente. Aunque este creyera que la acción no es dañosa o no advirtiera que prevenía un mal mayor o que el daño no era uno de los especialmente autorizados por el derecho, sería gratuito imponerle una penalidad; sería una restricción innecesaria para los fines de la prevención, una vez que los individuos llegaren a asociar la pena con la efectiva producción del daño. El hecho de que algunos individuos no sean penados por realizar lo que resultan ser acciones inocuas, necesarias o permitidas, pese a desconocer esto último y a proceder con intención maliciosa, no estimulará a otros a cometer actos dañosos, ya que los demás advertirán que lo que es decisivo es precisamente la efectiva producción de un daño. De este modo parece que la enantiotelidad y su contrapartida, las causas de justificación, deben definirse objetivamente”.¹⁷

Como antes se sugirió, cada una de las acciones contempladas en las cuatro posibilidades lógicas mencionadas son compatibles con lo que dice Nino en este pasaje sobre la enantiotelidad, básicamente porque cada una de ellas puede definirse como una acción que vulnera el propósito de una ley penal con independencia de la actitud subjetiva que manifieste su autor hacia dicho propósito. No obstante, a fin de dotar de mayor claridad a su postura, Nino vincula el carácter enantiotélico de una acción con “el hecho de que ella constituya una forma de actuar irrazonablemente peligrosa”, y añade: “esto nos permitiría sostener que no toda acción que cause un daño proscripto es enantiotélica, sino que lo es únicamente cuando un modo de actuar irrazonablemente peligroso irroga ese daño”.¹⁸ Además, aclara que una acción comporta un procedimiento irrazonablemente peligroso en la

17. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 331-332. La cursiva ha sido añadida al texto original.

18. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 330.

medida en que vulnere una “norma de debido cuidado”, la que determina “qué riesgos son razonables y cuáles no lo son con relación con ciertas actividades y objetivos sociales”.¹⁹ En consecuencia, si el único modo en que una acción puede ser enantiotética y, por ende, punible, es que vulnere una norma de debido cuidado, no habiendo normas semejantes en ausencia de cierta tipología genérica de acciones —como la conducción automovilística o el ejercicio de la profesión médica, que son los ejemplos citados en *Los límites*—,²⁰ acciones tales como las que ingresan en los universos c) y d) quedarían fuera del planteo de Nino. O eso es, al menos, lo que se infiere de una primera lectura.

A priori, no parece sencillo descifrar lo que aquí está en juego. Pero acudamos a algunos ejemplos ilustrativos. En *El desperfecto*, el cuento de Friedrich Dürrenmatt, su protagonista, Alfred Traps, asesina a su propio jefe utilizando a su mujer como arma galante. Los detalles de la explicación son un poco extensos, pero aquí básicamente importan los siguientes elementos fácticos: Traps mantuvo una serie de encuentros sexuales con la mujer de su jefe; Traps puso al tanto de estos detalles a un colega indiscreto con llegada a su jefe; el jefe de Traps padecía una afección cardíaca; Traps sabía de esta afección; el colega de Traps le transmite a su jefe lo que Traps le había confesado; y, finalmente, el jefe de Traps se descompensa a causa del disgusto que le provoca la noticia, y muere a los pocos minutos de un infarto cardíaco. En el cuento, como sabemos, Traps asume la responsabilidad por la muerte ocasionada. Según lo pone en evidencia el fiscal que lo acusa, él habría ideado esta compleja red causal sin haber realizado un solo acto que desde el punto de vista evidencial lo comprometa con el resultado ocasionado. No obstante, el nexo causal se hace manifiesto desde el mismo momento en que el propio Traps confiesa haber actuado con premeditación: no solo por haber previsto que su colega anoticiaría a su jefe sobre la infidelidad de su mujer, sino también por haber anticipado que su jefe no resistiría semejante noticia. Con todo, dado que en esta concatenación de hechos no se constataría una sola infracción de un deber de cuidado, una teoría como la de Nino no parece dispuesta a convalidar el mismo dictamen condenatorio. Es más, las intenciones de Traps, por idéntica razón, se muestran nuevamente como irrelevantes.

19. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 331.

20. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 331.

De alguna manera, el caso de Traps ilustra la complejidad de pretender imputarle a un agente cierto tipo de responsabilidad por un resultado cuando la conexión causal entre lo que él ha hecho y lo que se ha generado como efecto es sumamente indirecta o remota. Pero imaginemos un caso más sencillo. Luego de haberse repuesto de una compleja operación cardíaca, Juan está próximo a cumplir años. Para celebrar este evento y su pronta recuperación, se dispone a realizar una fiesta en su casa, a la que invita a colegas y amigos. Uno de ellos, de nombre Pedro, no tiene mejor idea que contratar a un payaso; su amigo siempre ha sentido un temor irracional por esta figura. Llegado el día del cumpleaños, suena el timbre, Juan atiende y de repente aparece un payaso con una gran sonrisa pintada en el rostro. Juan muere inmediatamente de un infarto. A diferencia del caso anterior, la cadena causal aquí enhebrada no solo parece más directa, sino que el agente ejercería sobre ella un mayor control o dominio. Sin embargo, ¿podría decirse que la sucesión de actos que conducen al resultado final conforma en conjunto una acción verdaderamente enantiotética?

En este caso, tampoco es claro que se haya vulnerado un deber de cuidado. Desde luego, podría decirse que Pedro ha vulnerado el deber de cuidado que venía impuesto por la obligación de no hacer nada capaz poner en riesgo la salud de su amigo. Sin embargo, si este es el caso, surgen varios interrogantes: por empezar, ¿no hemos de asumir que Pedro al menos debía saber que estaba incumpliendo un deber de cuidado? Pero si esta asunción parece necesaria, como volverá a insistirse en un momento, ¿no habrá que asumir también que Pedro debía conocer las circunstancias fácticas que determinarían el grado de incumplimiento de este deber, como la predisposición psicológica de su amigo? A diferencia del ejemplo anterior, aquí no hay suposición alguna sobre el carácter intencional o premeditado de la acción en juego. De todas maneras, a fin de imputarle al actor algún grado de responsabilidad por el resultado acaecido, al menos parecería necesario descontar que debía estar al tanto de las características particulares de la situación ¿Pero qué razón podría llevarnos a formular esta nueva asunción, habida cuenta de que no es en modo alguno claro, ni parece en modo alguno deseable, que cada uno de nosotros deba estar al tanto de las fobias o predisposiciones psicológicas más recónditas de nuestros semejantes?

El absurdo al que conduce esta última asunción explica, en cierto modo, por qué tales acciones no podrían considerarse enantiotéticas, dándole parcialmente la razón a Nino. Sin embargo, lo que no explica es por qué una acción que no sea enantiotética no podría constituir, después de

todo, el antecedente de una respuesta penal. Para verlo, supóngase que Pedro estuviera al tanto de la fobia de su amigo, sin tener la obligación de estarlo. Quizá se enterase de esa furia por mera casualidad, tras oír al pasar la conversación mantenida entre Juan y uno de sus colegas. Si, habiendo accedido a este dato, Pedro decide aferrarse con todo a su plan de acción original, contratando al payaso, ¿no encerraría su decisión un disvalor incomparablemente mayor al que acompañaría a una decisión en la que este conocimiento no hubiera estado presente? ¿Y no merecería este disvalor una respuesta penal diferente? La teoría de la responsabilidad penal de Nino no parece ver las cosas de esta manera, o no al menos si nos guiamos por las definiciones precedentes: las creencias e intenciones del agente son irrelevantes.²¹

Tal como se infiere sin dificultad del anterior pasaje de Nino, como así también de otros pasajes de su obra, la razón para no tomar en cuenta las actitudes subjetivas de las personas al momento de sancionarlas obedece al hecho de que, si la pena cumple un rol preventivo, consistente en disuadir a otras personas de generar estados de cosas negativos o perjudiciales (en última instancia, Nino cree que tales estados son negativos por frustrar en alguna medida la “autonomía personal de la gente”),²² no se apreciaría qué efecto disuasivo adicional alcanzaría a cumplir el hecho de tomar en cuenta las actitudes subjetivas por las que alguien haya podido generar estos estados de cosas mediante una acción cualquiera, como puede ser el robo o el asesinato. Escribe Nino en consonancia con esto:

“Puesto que las inclinaciones, disposiciones, intenciones, creencias, deseos de la gente, etcétera, no pueden ser directamente perjudiciales para los intereses de cualquier individuo sino solo para aquellos que poseen dichos estados subjetivos (salvo que alguien tenga un interés perfeccionista sobre otros, lo que deberíamos descartar), aquellas no deberían aparecer en las descripciones del estado de cosas que la ley debería buscar y en última instancia prevenir a través del castigo penal”.²³

21. Véase el apartado anterior.

22. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en derecho penal”, p. 91.

23. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en derecho penal”, pp. 91-92.

Sin embargo, si esta es la razón eminente para desechar las actitudes subjetivas a la hora de responsabilizar penalmente a alguien, la realidad parece desmentir a Nino. Retomando el mismo ejemplo, pongámonos por un instante en la piel de un ciudadano que constata que Pedro recibe una sanción por cometer una acción cuyo resultado se figuró como posible, aunque no hubiera tenido la obligación de figurárselo. ¿No tendría este ciudadano una buena razón para intentar evitar en el futuro cualquier acción cuyo resultado lesivo se figure como posible, sin tener la obligación de figurárselo? En otras palabras, para quien tiene una creencia determinada sobre lo que podría perjudicar a alguien, y existen razones suficientes que la justifican, el hecho de saber que otra persona ha recibido una sanción que no hubiera recibido de no haber creído en ciertas cosas parece ofrecerle un incentivo para evitar incurrir en la acción que se infiere de la creencia.

Nino señalaría una vez más en este punto que las actitudes subjetivas, incluidas las actitudes epistémicas, no añaden nada desde el punto de vista valorativo al estado de cosas que la ley penal buscaría proteger o evitar. Por ejemplo, si lo que lamentamos de los asesinatos son las muertes que ellos provocan o las vidas con las que ellos acaban, el hecho de que alguien cometa un asesinato por creer que la víctima constituía un impedimento para su desarrollo profesional no le añade al resultado de su acción ningún elemento que acreciente o disminuya su disvalor. Es decir, la creencia que moviliza al victimario bien podría ser que su víctima no constituía un obstáculo para su propio desarrollo profesional sino para el de un amigo o colega, y aun así el resultado de su acción sería igualmente disvalioso. Estos ejemplos, desde luego, parecen reforzar la posición de Nino. Sin embargo, no todas las creencias son de este calibre.

En el último ejemplo imaginario, Pedro se ha formado una creencia sobre un aspecto particular de la psiquis de Juan que el propio Juan decidió hacer público, confesándoselo a un colega. Pero hay innumerables casos semejantes. Piénsese en una persona que le confía a otra la clave de su alarma electrónica, o su número de cuenta bancaria, o —por ser reiterativo— un aspecto relativo a su delicado estado de salud. De no mediar la confesión, la segunda persona no tendría por qué tomar conocimiento de tales hechos. Ahora bien, una vez que la confesión se produce y el confidente adquiere la creencia correspondiente, lo mínimo que el confesor tendería a esperar es que esa creencia no se use en su contra. ¿Da lo mismo, pues, un acto lesivo que ha sido posible en virtud de una creencia así adquirida que un acto lesivo que haya nacido como fruto de cierta ignorancia? Si diera lo

mismo, entonces el derecho penal no querría tratarlos de manera diferente. No obstante, todo depende de lo que desee protegerse. Suponiendo que el valor en disputa fuera la integridad física o patrimonial del confesor, y este valor quisiera hacerse valer a como dé lugar, entonces parecería que la pena no tendría por qué variar en uno y otro caso. Pero esto, como es previsible, conllevaría una parálisis social absoluta, ya que forzaría a todo ser humano a estar al tanto de cómo se configura la realidad social en la que está inmerso hasta en sus mínimos detalles. E incluso podría alentar a algunos individuos a inmiscuirse en asuntos ajenos, violentando la intimidad y la privacidad de las personas. Los panaderos, por ejemplo, estarían obligados a saber qué personas que ingresan a sus locales son celiacas, quienes toman la comanda en los restaurantes estarían obligados a saber qué clientes son alérgicos a la nuez, o tienen síndrome de Crohn, y así en lo sucesivo. Justamente, por estas y otras razones resultaría dudoso, y hasta problemático, que aquel fuera el único valor en disputa.

Por otro lado, ¿qué hay sin ir más lejos de la confianza imperante entre los ciudadanos que habitan una comunidad? ¿No representa un activo colectivamente beneficioso el que cada persona cuente con la garantía de que puede revelarle a un tercero un dato relativo a su propia vida sin que esta revelación sea usada en su contra? ¿Y no querría el derecho penal proteger este activo, sancionando con mayor rigor aquellas conductas que han implicado una vulneración de la confianza mutua? Justamente aquellas acciones que han sido causadas por creencias que no figurarían en la estructura motivacional de un agente de no haber sido por la colaboración voluntaria de su víctima constituyen la expresión más acabada de la ruptura de dicha confianza.

Por supuesto, para que un tratamiento diferencial semejante sea recomendable, no solo deberíamos contar con datos empíricos capaces de probar que una sanción de tal o cual tipo contribuye a afianzar la confianza mutua entre los habitantes de una sociedad — si este fuera el valor en juego—, sino también que esos objetivos no se alcanzarían en igual medida mediante sanciones menos severas, como las que tienden a aplicarse a los delitos imprudentes, o a los que simplemente suponen la infracción de un deber de cuidado. De cualquier modo, aquí basta con suponer que esto no es implausible. Ergo, si la pena solo se justifica por el propósito de protección social que persigue, como piensa Nino, la práctica de penar más severamente cierto tipo de acciones en función de las creencias que les dieron sustento parecería representar, a fin de cuentas, un argumento en evidente tensión con su enfoque objetivo.

Posiblemente advertido de algunos de estos inconvenientes a los que conducía su teoría penal, Nino realiza en *Los límites* una suerte de concesión. Mientras a lo largo de la obra concibe la enantiotelidad como una característica objetiva de las acciones, en un pasaje del Capítulo V reconoce la existencia de ciertas acciones en las que la enantiotelidad “no puede atribuirse al agente”, lo que sucedería cada vez que alguien actúa sin conocer “las circunstancias del acto que fueron relevantes para la producción del resultado”.²⁴ Como ya había sucedido a propósito de la noción de consentimiento, este pasaje vuelve a depositar a Nino en las garras de un enfoque subjetivo, aunque peligrosamente subjetivo, según podría aventurarse. Antes ya se notó que una teoría de la responsabilidad penal tiene razones para diferenciar entre lo que un agente debía conocer y lo que de hecho conocía, siendo lo primero más relevante que lo segundo a fin de imputarle una responsabilidad penal. Esta diferenciación representa, si se lo quiere poner en estos términos, precisamente el elemento objetivo necesario que toda teoría de la responsabilidad penal debería incorporar a su programa justificatorio. Pero, en el pasaje aludido, Nino parece negar nuevamente esa diferencia, y cae en un subjetivismo potencialmente destructivo. Ahora bien, ¿realmente tiene algún sentido la idea de una enantiotelidad que “pueda atribuirse al agente”, o la idea de una “enantiotelidad agencialmente relativa”, según también podría denominársela? Si lo tiene, entonces ella probablemente se opondría a la idea de una “enantiotelidad objetiva” o “agencialmente neutral”, definible en función del carácter genéricamente peligroso que reviste el acto punible. Mas esto, según parece, aparenta conducirnos a fin de cuentas a las ideas de intencionalidad o culpabilidad que el propio Nino ha combatido desde el inicio.²⁵ El resultado es paradójico.

Llegados a estas instancias, convendría formular una precisión terminológica vinculada a nuestros deberes epistémicos, que sin dudas representan una subclase de los deberes de cuidado. Cuando decimos de alguien como Pedro que no debía saber lo que de hecho sabía, podemos estar afirmando dos cosas: o bien que le estaba prohibido saberlo; o bien que no era su obligación. Es claro que el sentido que aquí reviste interés es el segundo, al ser el único que no supone la infracción de un deber de cuidado. Sobre Pedro, pues, lo que puede decirse es que, sin hallarse bajo la obliga-

24. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 404.

25. FERRANTE, “¿Castigo por resultados? El argumento de El argumento de L. Katz” y SANCINETTI, “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”.

ción de conocer la fobia de su amigo, había tomado conocimiento de esta, y empleado este conocimiento para poner en riesgo un bien jurídicamente protegido. Lo que de todas formas no queda claro en este punto es si, más allá de no haber infringido un deber de cuidado de naturaleza epistémica, el acto de Pedro no implica la infracción de otro deber de cuidado, tal vez de naturaleza más general o inespecífica. Por lo pronto, ¿no está alguien como él sometido a las obligaciones que emanan de su condición de mero ciudadano? Esta cuestión es relevante por la siguiente razón: si la acción de Pedro todavía pudiera reconstruirse como la infracción de un deber de cuidado y, por ende, como un acto enantiotético, entonces el enfoque de Nino quizá podría ofrecer una respuesta a este caso sin necesidad de apelar a las actitudes subjetivas del agente ¿Existe espacio para semejante solución?

Antes de abordar este interrogante, aquí primero convendría decir unas palabras sobre cómo concebir los deberes o estándares de cuidado. Como en el caso de los deberes epistémicos, un deber de cuidado puede significar dos cosas: o bien una obligación negativa (es decir, la de abstenerse de ciertas cosas) o bien una obligación positiva (es decir, la de hacer ciertas cosas). Alguien incumple un deber de cuidado, por ende, o bien cuando realiza una acción de la que debió abstenerse (es decir, el automovilista que, en lugar de desacelerar, acelera); o bien cuando omite una acción que debió realizar (es decir, el padre que no alimenta a su hijo; o, una vez más, el automovilista que no desacelera cuando debiera hacerlo). Por lo general, como ocurre en estos casos, los deberes o estándares de cuidado se definen de manera genérica, tomando como referencia el desempeño de un rol típico, como el de médico o automovilista, de cuyo ejercicio se esperan ciertas precauciones. Quien, como el médico del ejemplo de Nino, realiza una intervención quirúrgica sin esterilizar los instrumentos que serán empleados, sin dudas que infringe una norma de cuidado, haciéndose penalmente responsable de las consecuencias que pudiera generar su acción. Este ejemplo es relativamente sencillo porque hay un dato incuestionable: el agente interviniente puede identificarse por el ejercicio de un rol típico (es decir, el de médico cirujano), al que definen obligaciones de cumplimiento fácilmente verificable, algo que no parece ocurrir en el caso Pedro, o aún en el de Traps. No obstante, lo que no debe perderse de vista es que en estos casos también aparecen involucrados auténticos deberes de cuidado, los que se definen en función de la posición de garantía que ocupan los actores. Considérese sino qué sucedería en caso de abandonarse esta condición para evaluar la responsabilidad del médico: si él no ocupara una

posición de garantía en relación con ciertos estados de cosas (es decir, un ambiente esterilizado) de cuya presencia depende la protección del bien jurídico en juego (es decir, la salud de su paciente), tampoco sería esperable que él fuera juzgado por el acaecimiento de ciertos hechos (es decir, la infección de un paciente), aunque interviniera en la operación ejerciendo su rol genérico de médico. *Mutatis mutandis*, puede decirse que Pedro ocupa una posición de garantía en relación con la salud de su amigo Juan justamente por actuar en calidad de invitado a su fiesta, aunque del hecho de ser invitado no se puedan inferir tan fácilmente obligaciones típicas, tal como sucede con el caso del médico.

Sabidos son los problemas que para la teoría de la imputación objetiva viene generando desde hace tiempo la cuestión de los “conocimientos especiales”,²⁶ categoría bajo la cual la dogmática penal analiza qué responsabilidad cabe imputarle a un sujeto que está dotado de capacidades o conocimientos reservados para unos pocos, aunque su adquisición no responda a ninguna obligación específica. Desde la doctrina se discute, entre otras cosas, si los conocimientos adquiridos por azar o de manera fortuita ingresan dentro de esta categoría, por ser conocimientos que, a diferencia de los primeros, no se definen en función de un rol específico.²⁷ En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es el modo en que la adquisición de estos conocimientos azarosos, como el conocimiento de Pedro sobre la fobia de Juan, modifica el paisaje normativo que rodea a un agente.

Quien voluntariamente asume un rol contrae, por eso mismo, una serie de obligaciones y/o deberes de cuidado, incluyendo una serie de deberes epistémicos. En esto no hay ningún misterio. Pero el caso de Pedro, como el de muchos otros individuos, es el caso de alguien que de forma involuntaria adquiere un nuevo saber, conocimiento o representación ¿Puede entonces un evento fortuito modificar el paisaje normativo de un individuo, sometiéndolo a deberes u obligaciones que antes no tenía? La respuesta no es difícil: por supuesto que puede, como habitualmente sucede en nuestra vida cotidiana y ha sido extensamente documentado.²⁸ Lo importante es no perder de vista que el nuevo saber que una persona como Pedro incorpora a su acervo de representaciones y creencias le impone una

26. WILENMANN VON BERNATH, “Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal...”.

27. DÍAZ ARANA, “La relevancia de los llamados conocimientos...”, p. 138 y ss.

28. HERSTEIN, “Legal Luck”.

obligación de no hacer ciertas cosas (es decir, contratar un payaso) que solo puede activarse porque esa persona, como cualquier otro ciudadano, ya se halla previamente sometido a las obligaciones elementales que emanan del Estado de derecho vigente, como sin dudas lo son tanto la prohibición de dañar como el deber de comportarse con diligencia.

Esta conclusión parcial a la que se ha arribado parece en condiciones de brindar una solución al interrogante originalmente planteado, lo que explica la enantiotelidad de ciertos actos con total independencia del cumplimiento de un rol específico. No obstante, nada de esto indica que seamos capaces de prescindir de las actitudes subjetivas a la hora de hacer a alguien penalmente responsable, que es lo que necesita el enfoque de Nino para salir indemne. Quien, como Pedro, actúa de modo tal que alcanza para poner en riesgo la salud de una persona, infringe un deber de cuidado que todos detentamos por el solo hecho de vivir como ciudadanos en un Estado de derecho. En esto tampoco hay ningún misterio. Pero también es cierto que nadie puede dar cauce a un deber de cuidado en abstracto, es decir: sin tomar en cuenta las especificidades que nos vinculan con ciertos hechos y/o resultados. En el caso particular de Pedro, son justamente estas especificidades las que lo ubican en cierta posición de garantía y, en última instancia, lo hacen penalmente responsable, no pueden ellas definirse sin ahondar en las creencias que ha adquirido sobre la disposición psicológica de su amigo.

V. A MODO DE CIERRE: ¿HACIA UN NUEVO PREVENCIÓNISMO LIBERAL?

A lo largo de este trabajo intentó mostrarse que la teoría de la responsabilidad penal de Nino se debate con gran incomodidad entre dos opciones extremas: por un lado, la de asumir un enfoque netamente objetivo que se desentienda de las actitudes subjetivas; y, por el otro, la de asumir un enfoque más flexible o mixto que, sin desentenderse de ellas, por lo menos consiga situarlas en un espacio que permanezca al resguardo de ciertas implicancias morales. Estas dos opciones, según se ha comprobado, persiguen a Nino en numerosos pasajes de su obra, y son las que explican por qué las nociones de “consentimiento” y “enantiotelidad”, que sin dudas constituyen el núcleo central de su teoría penal, contienen tantas ambigüedades e indefiniciones.

A propósito de la primera noción, analizada en la Sección II, se ha visto de qué manera ella pretende erigirse como una alternativa frente a la

vieja noción de culpabilidad de la dogmática penal, la cual, justamente por hacer de las actitudes subjetivas tanto la condición como el objeto del reproche estatal, incurriría en un perfeccionismo injustificable. Sin embargo, tal como ha procurado demostrarse, no solo sucede que la noción de consentimiento, según Nino la define, no sería inmune al subjetivismo del cual debiera poder desembarazarse, sino que tampoco ofrecería la alternativa más promisorio a fin de evitar ciertas consecuencias, como la transgresión del principio *ignorantia juris non excusat*. A modo de solución, aquí se propuso, siguiendo a Scanlon, que uno de los valores que un sistema penal debería preservar es el de la oportunidad de evitar la responsabilización penal por ciertas acciones, sin ser el consentimiento en modo alguno relevante para ese fin.

Por su parte, en referencia a la segunda noción, analizada en la Sección III, aquí se ha visto que el único modo en que ella podría operar sin incurrir en ninguna clase de subjetivismo conllevaría desconocer la relevancia que poseen algunas actitudes epistémicas en la determinación del disvalor de muchos actos. Desde luego, a pesar del extenso recorrido efectuado en dicha sección, sigue sin resultar del todo clara cuál es la razón por la que Nino querría llegar a estos extremos. Después de todo, su teoría liberal de la responsabilidad penal parece tener como único propósito el de evitar que el Estado se inmiscuya con nuestros propósitos y actitudes subjetivas para reprochárnoslas, mas no necesariamente en procura de otro objetivo. Al inicio de este trabajo llegó a sugerirse que, al menos *a priori*, no parecería haber ningún motivo por el cual una teoría preventiva de la pena no sea capaz de lidiar con nuestras actitudes subjetivas.²⁹ Por lo pronto, ¿por qué ella no podría fijar como requisito de atribución de un resultado lesivo la posesión de ciertas creencias, sin que esto implique de por sí una variación en la severidad de la respuesta penal? De acuerdo con esta posibilidad, a los efectos de que una persona sea correctamente responsabilizada deberían constatarse en su mente ciertas creencias o representaciones. No obstante, la razón por la cual se la sancionaría ya no tendría que ver con esta condición probatoria sino con las acciones que tales creencias contribuirían a explicar.³⁰

29. Véase el Apartado II.

30. Debe aclararse que una cosa es el solo hecho de estar en posesión de ciertas creencias y otra cosa es el hecho de estarlo como fruto de ciertas maniobras moral y/o jurídicamente inaceptables, como la violación de la correspondencia, la intervención telefónica o la ex-

Ciertamente, para tener éxito en su empresa, una teoría preventiva de este calibre no solo debería explicar por qué, en algunas circunstancias, la imputación de responsabilidad ha de realizarse con total independencia de que se constaten ciertas actitudes epistémicas, sino también por qué, en circunstancias diferentes, debería suceder precisamente lo contrario. Al final de este trabajo llegó a sugerirse que, cuando están en juego deberes de cuidado que se derivan del ejercicio de un rol típico asumido voluntariamente, como el rol de médico, productor, aviador o automovilista, las representaciones o creencias que de hecho tenga quien produce un resultado lesivo puede que sean irrelevantes para hacerlo penalmente responsable. En cambio, cuando este no es el caso, el requisito se invierte, pues lo que importa averiguar es si un imputado estaba al tanto de la posibilidad de que sus acciones pudieran generar ciertas consecuencias.

Para encarar ambos desafíos, es posible que una teoría prevencionista de la responsabilidad penal como la defendida por el propio Nino esté perfectamente capacitada, aunque purgada de los elementos subjetivistas aquí impugnados. En efecto, desde una óptica preventiva, tiene perfecto sentido sancionar con mayor severidad aquellas acciones mediadas por deberes epistémicos de cierta envergadura, como los que se derivan del desempeño de algunos roles profesionales. La razón es simple: si eso no ocurriera, no todo el mundo asumiría las obligaciones ligadas a su rol con el rigor del caso. Pero también se advierte algo similar en relación con el segundo desafío. Esto es, ¿con qué alternativa contamos si deseamos minimizar la posibilidad de que los conocimientos especiales de ciertos individuos se usufructúen en detrimento de intereses ajenos? Si, por el contrario, nos disponemos a poner en pie de igualdad, por un lado, al individuo que actúa desconociendo ciertos hechos, mas sin estar bajo la obligación de conocerlos; y, por otro, al individuo que, sin estar tampoco bajo esa obligación,

torsión. Sin embargo, el hecho de que un agente maneje información a la que ha accedido infringiendo ciertos códigos morales y/o jurídicos no necesariamente implica que el acto delictivo que acomete en virtud de esa información merezca un reproche mayor que el acto delictivo que acometería manejando información a la que simplemente hubiera accedido por accidente o fortuna. Por ejemplo, si la violación de la correspondencia constituye de por sí un delito, entonces el agente que accede a cierta información relevante mediante este delito y la emplea para acometer otro acto delictivo no será penado con mayor severidad en razón de que este último delito sea más grave, sino porque habrá incurrido en lo que habitualmente se conoce como un concurso de delitos.

actúa con perfecto conocimiento de lo que podría llegar a provocar, ¿no se imparte un mensaje tendiente a alentar formas de conducta claramente perjudiciales?

Todo esto, desde luego, puede resultar por el momento materia de especulación. Sin embargo, en principio no sería solo el prevenciónismo el que no estaría tan lejos de ofrecer una respuesta coherente a estas cuestiones, sino también el liberalismo, aunque probablemente no en la acepción que Nino tenía de este. Al respecto, aquí solo se mencionarán dos sentidos puntuales en los que el liberalismo podría mostrar su impronta característica. El primero de ellos es el que se plasma en la aproximación que propondría para lidiar con los delitos imprudentes o de imputación objetiva, lo que permite que solo sean responsabilizados quienes hayan accedido voluntariamente a desempeñar ciertos roles. Por su parte, el segundo sentido es el que se constata en su enfoque sobre los delitos intencionales o dolosos, en los que presuntamente querrá preservar la integridad de toda aquella persona que no esté al tanto de la configuración que presente el mundo en un momento determinado, no ya porque carezca de la voluntad de hacerlo, sino porque tal cosa simplemente escape de sus posibilidades. En ambos sentidos –y no son los únicos–el liberalismo hará valer su impronta imponiendo un límite estricto a las pretensiones punitivas del Estado. Sí suscita dudas, en cambio, la idea de que, para expresar ese límite, necesariamente haya de renunciar a toda pretensión reprochadora. En este aspecto en particular, y tal como intentó mostrarse a lo largo de la Sección II, el enfoque liberal de Nino habría pecado por exceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BEADE, Gustavo, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, en *Isonomía*, N° 35, 2011, pp. 143-165.
- DÍAZ ARANA, Andrés F., “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio, N° 11, 2014, pp. 113-165.
- FERRANTE, Marcelo, “¿Castigo por resultados? El argumento de L. Katz”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto & Rosenkrantz, Carlos (coordinadores), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, 2008, Buenos Aires, pp. 153-165.

- FRANKFURT, Harry, “Necesidad y deseo”, en *La importancia de lo que nos preocupa*, Katz Editores, 1996, Buenos Aires, pp. 153-170, traducción de Weinstabl, Verónica I. & De Hagen, Servanda M.
- GUARIGLIA, Osvaldo & Vidiella, Graciela, *Breviario de ética*, Edhasa, 2011, Buenos Aires.
- HERSTEIN, Ori J., “Legal Luck”, en Church, Ian M. & Hartman, Robert J., *The Routledge Handbook of the Philosophy and Psychology of Luck*, Routledge, 2019, Nueva York.
- IMBRISEVIC, Miroslav, “Why is (Claiming) Ignorance of the Law No Excuse?”, en *Review Journal of Political Philosophy*, Vol. 8, N.º 1, 2010, pp. 57-69.
- JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año II, N.º 1-2, 1996, traducción de Cancio Meliá, Manuel & Peñaranda Ramos, Enrique, pp. 71-119.
- MALAMUD GOTI, Jaime, “Comentario bibliográfico al libro de C. S. Nino, ‘Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito’”, en *Doctrina Penal*, N.º 4, 1981, pp. 165-173.
- NINO, Carlos. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, 1980, Buenos Aires.
- , *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, 1987, Buenos Aires.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 2005, Buenos Aires.
- , *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, 2007, Buenos Aires.
- , “Los límites a la aplicación de la moral a través del Derecho Penal”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 47-64.
- , “La derivación de los principios de la responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 25-41.
- , “Una teoría consensual de la pena”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 116-132.
- , “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 65-98.

- PARMIGIANI, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, en *Isonomía*, N° 39, 2013, pp. 37-81.
- , “Liberalismo, sanción y reproche en *Motivos reprochables*, de J. M. Peralta”, en *Discusiones*, Vol. 15, N° 2, 2014, pp. 207-244.
- , “Elementos para un enfoque pragmático de la responsabilidad en la obra de G. H. von Wright”, en González Lagier, Daniel & Figueroa Rubio, Sebastián (editores), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G. H. von Wright a cien años de su nacimiento*, Palestra Editores, 2018, Lima, pp. 15-58.
- , “La teoría consensual de la pena en la encrucijada”, en *Ideas y Valores*, Vol. 70, N° 175, 2019, pp. 95-115.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 6, 2011, pp. 11-49.
- SANCINETTI, Marcelo, “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”, en *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2017, pp. 1-22.
- SCANLON, Thomas, “Castigo penal e imperio de la ley”, en Hongju Koh, Harold & Slye, Ronald C. (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, 2004, Barcelona, pp. 303-320, traducción de Bergallo, Paola. & Alegré, Marcelo.
- WILENMANN VON BERNATH, J., “Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal y teoría de las ciencias”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13, 2010, pp. 135-176.
- WILLIAMS, Bernard, “Deciding to Believe”, en *Problems of the Self. Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, 1973, Cambridge, pp. 136-151.
- , “Responsabilidad moral y libertad política”, en *La filosofía como una disciplina humanística*, FCE, 2011, México, pp. 141-147, traducción de García de la Sienra, Adolfo.