



<<La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho Penal>>.

José Luis Guzmán Dalbora

DIREITO e CIUDADANIA
Ano V, nº 16-17, 2003, pp. 17 – 32
Praia – Cabo Verde

<http://www.cienciaspenales.net>

[www.cienciaspenales.net]



LA ACTIVIDAD LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA Y EL SISTEMA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

*Profesor Asociado de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta***

¡Distinguida asamblea!

Representa un deber cuya satisfacción apremia a quien ambiciona alcanzar la máxima jerarquía en la carrera universitaria, que aborde en su exposición pública algún tema entresacado del campo o, como en mi caso, de los campos que él cultiva.

Pues bien, dos son las materias que he profesado en esta Facultad, el Derecho penal y la Filosofía del Derecho, “disciplinas de antiguo hermanadas”, según la certera expresión de Hermann Kantorowicz. De ellas escogí para mi discurso el problema que me permito proponer hoy, esto es, *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho penal*.

Sin embargo, he de significar de inmediato que este asunto, en verdad, pertenece de lleno a la iusfilosofía y puede cobrar significación dentro de múltiples ramas de la enciclopedia jurídica, cuya entidad sobrepasa mi competencia específica. Únicamente el que sus aplicaciones más ostensibles

* El texto reproduce la clase magistral que el autor impartió el día 12 de mayo de 2003, con ocasión de su investidura como profesor titular de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (Chile). Junto a sus miembros permanentes de las diversas Facultades de ésta, integraron el tribunal los profesores titulares de Derecho penal, señores Jaime Náquira Riveros, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

** Chile

y estudiadas ocurran en el Derecho penal me brinda la ocasión de abordarlo, cierto que no con el objetivo de adentrarme a fondo en él, pues el tiempo de que disponemos lo impide, sino simplemente con la mira de abocetarlo y tomar somera posición ante sus principales interrogantes.

Por lo demás, el limitado propósito de presentar mi argumento en forma sencilla y esquemática pareceme tanto más indicado cuanto que debo discurrir en el marco de una clase, y para toda lección es de exigir en quien la imparte por lo menos claridad y concierto. Va de suyo que el profesor desearía en esto ser capaz de suscitar en el auditorio interés por el objeto que pretende desarrollar, y habrá de agradecer a su especialidad si ésta pone a su disposición materias que no sólo revisten importancia para sus compañeros de oficio, sino atraen también la atención de un círculo más vasto de estudiosos. La disciplina de los delitos y las penas, con la elevada significación de las relaciones que regula y los graves efectos individuales y sociales que entraña, tiene la ventaja de que nunca deja indiferente al público. Otra cosa es que el orador tenga la virtud de estimular subjetivamente ese interés objetivo. Mucho me temo que carezco de la medida necesaria de aquel atributo. Pero si la fábula griega viste a la diosa de la belleza con un cinturón que tiene entre otros el poder de conceder gracia a quien lo lleva, pues yo querría que Venus me permita ceñir esa prenda a mi cuerpo, tomar a préstamo durante los próximos minutos uno de los dones que confiere y con semejante provisión despertar el interés de esta distinguida asamblea por mi clase.

1. Comencemos por una cuestión terminológica. Aunque las denominaciones no hacen la esencia de las cosas, algo debieran decirnos o adelantarnos de su contenido. En consecuencia, puede ser síntoma de falta de fijeza o de unidad en un objeto que se supone delimitado y homogéneo, o de conocimientos suficientemente decantados y firmes sobre él, que se emplee nombres dispares para designarlo.

Esto es, en parte, lo que advertirá de inmediato quien se aproxime a este tema. Toda una batería de designaciones recibe aquí aplicación: “ámbito libre de Derecho”, “espacio vacío de normas”, “campo libre de regulación jurídica”, “lo no jurídico”, “*vacuum legis*”, “esfera que el Estado deja libre”, “retirada”, “abertura” o “agujero” del ordenamiento jurídico, “vacaciones del Derecho”, y otras más.

En parte, he dicho, porque la ausencia de consenso sobre una denominación que torne prescindibles las demás no es óbice para descubrir en las antes citadas ciertos rasgos comunes.

Por lo pronto, su sentido figurado. El uso de metáforas no es infrecuente en el lenguaje jurídico, si bien la propensión a transponer nombres que

mientan realidades naturales a entes muy distintos favorece su multivocidad, conforme hizo notar con su proverbial penetración Manuel de Rivacoba a propósito de la voz fuente como designación del origen de las normas jurídicas. En este orden de ideas, particularmente equívoco y poco afortunado resulta el manejo de los términos ámbito, espacio y campo, porque levanta el malentendido de que aquí se trata de dimensiones territoriales o temporales, cuando en realidad aquello que está en discusión son circunstancias, situaciones y relaciones de vida, o sea, en definitiva, *actividades*, palabra que prefiero porque favorece la sencillez y claridad indispensables en el tratamiento de un tema por demás incierto.

Hay otra característica que estos términos comparten, y ella nos aproxima a uno de los sentidos posibles del tema, a saber, que la exención o libertad de ciertas actividades relativamente al Derecho, no alude tanto a la existencia o inexistencia de una o más consecuencias jurídicas asociadas a su verificación, cuanto a si debe haber regulación jurídica para ellas. O expresado al hilo de un monografista del tema, Heinrich Comes: la pregunta que tenemos que formular no es si faltan normas de Derecho que las regulen, sino más bien si hay circunstancias, situaciones y relaciones vitales que quedan de antemano al margen de su férula y deben ser mantenidas en tal condición.

Con esto conseguimos aislar uno de los pliegues especulativos del argumento. Éste concierne a actividades jurídicamente *adiáforas*, o sea, conductas cuya ejecución u omisión por los interesados resultaría indiferente ante los ojos del Derecho y que están, por ende, libres de la ordenación que éste determina entre los sometidos a él. Por lo mismo, sería un error incluir en el presente grupo aquellos actos a los que el Derecho no asocia consecuencias desfavorables para el que los realiza, al estar éste amparado por una causa de justificación, inculpabilidad o por otro motivo jurídicamente regulado, ya que si es verdad que en tales casos el Derecho hace retroceder su aparato de sanciones respecto del que aparecía como sedicente infractor, no lo es menos que ha adoptado una unívoca decisión sobre extremos que en modo alguno le parecen irrelevantes, o lo que es igual, los regula.

La que acabo de indicar es la acepción menos reciente, y de ella o apoyándose en ella se han ocupado desde finales del siglo XIX renombrados juristas, siendo inoficioso que los mencione *nominatim* en esta ocasión.

También en esa época hinca sus raíces la segunda acepción, de especial importancia para el Derecho penal, y en nuestros años nadie mejor que Arthur Kaufmann ha tratado de insuflarle nueva vitalidad, perfilándola con relativa autonomía de la anterior inteligencia del asunto.

Según Kaufmann, como libres de Derecho figuran esta vez “formas de

comportamiento que son del todo jurídicamente *relevantes* y que también están *jurídicamente reguladas* [...], para las cuales el orden jurídico, no obstante, por determinados motivos, *prescinde de una valoración*". Con el fin de poner de relieve la diferencia de dichos actos frente a los capturados por el significado tradicional del espacio libre de *regulación* jurídica, este autor propone la designación de espacio libre de *valoración* jurídica. A su juicio, sería ingénito a determinadas situaciones de necesidad o emergencia que el Derecho tropiece con la dificultad insuperable de calificar como lícito o bien ilícito el obrar del que las resuelve, y al no estar en su mano el suministrar una orientación clara y precisa de conducta, prohibiendo o, a la inversa, facultando al que corta semejantes nudos gordianos, se abstendría de valorar aquello que abandona a la voluntad del sujeto operante, cuya decisión no podría menos que respetar.

En resumen, frente a la conducta jurídicamente *adiáfora* se alzarían actividades jurídicamente *neutras*. ¿Es posible reducir entrambos grupos a una caracterización común?. Si se parte de la concepción que considera imposible y contradictorio establecer una regulación jurídica sin que al mismo tiempo se sienta una valoración, podremos conceder nuestra preferencia al título empleado para esta clase, donde actividad libre de valoración jurídica significa, implícita y forzosamente, hechos para los que no hay ni podría estatuirse normas de Derecho. Pero dejo de momento sin desenvolver esta cuestión.

Antes urge señalar que con el sentido del tema queda también de manifiesto su importancia. En juego están nada menos que el concepto de Derecho, la extensión de sus posibilidades regulativas y la naturaleza de sus prescripciones. La íntima imbricación de aquél con estos tres aspectos del ser del Derecho es generalmente reconocida. "Derecho y espacio libre de Derecho son nociones complementarias", subraya Comes, y con suma propiedad tiene escrito Engisch a propósito de ese espacio libre, que "el saber hasta dónde se extiende el Derecho y dónde comienza su limitación, sirve para descubrirnos el contenido del concepto de Derecho". Es recomendable, empero, ponerse en guardia contra la seducción de que todo esto poseería un valor puramente teórico. El dilatado plexo de situaciones bien concretas que atrapa el primero de los significados de nuestro argumento, lo mismo que la gravedad de las más excepcionales englobadas en el segundo, bastan para demostrar el alcance práctico del total espectro de estos problemas, como procuraré mostrar a continuación.

2. El capítulo que se acostumbra destinar en la iusfilosofía para el examen de lo jurídicamente *adiáforo* es la integración de la ley, o mejor, la corrección de las lagunas o imperfecciones del Derecho.

Ha llegado a ser un bien mostrenco entre los juristas la consideración de que la ley puede tener lagunas, mas no el Derecho en su conjunto. La *plenitud hermética* del ordenamiento jurídico —que esté le esté vedado el permitirse vacíos— está determinada por un imperativo práctico, reflejado en precisas cláusulas legales. El juez que se negare a fallar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. ¡Menudo legado dejó para nuestro asunto el Código civil napoleónico!. Una vez que la denegación de justicia fue objeto de prohibición, quedaron interdictas al jurista esas aporías que incitan al filósofo, al poeta, al estudioso de la naturaleza, ya que aun del caso más insoluble el tribunal ha de crear una cosa juzgada. Idéntica consideración dicta su sentido a aquellas disposiciones en la legislación de muchos países, que imponen a los jueces la obligación de resolver toda cuestión litigiosa que se les someta, sin que puedan abstenerse de hacerlo parapetándose en la imperfección o falta de leyes.

Ahora bien, acusar por esto al Derecho de megalomanía, o al jurista como individuo arrogante, cual si dominase a ambos el prurito de asfixiar cuanto de espontáneo produce la existencia, equivale a no haber comprendido en absoluto la especial índole de la ciencia jurídica. Es que, como explica Del Vecchio, al versar sobre actos humanos, en todo momento la ciencia jurídica ha de fundirse con las evoluciones de la comunidad y sus problemas prácticos, que de ella aguardan solución, al paso que en otras ciencias los límites y las dudas del saber teórico no suspenden el curso de la vida. La tierra siguió girando en torno al sol aunque Tolomeo pensara lo contrario; pero ya en los tiempos del autor del *Almagesto* el jurista tenía que basar el sistema de plazos para adquirir o perder derechos en las “circunvalaciones” del astro rey.

El punto es si la plenitud hermética del ordenamiento descansa, además, en el presupuesto de que no hay lagunas que colmar allí donde tampoco llegan las fronteras del Derecho. La legislación chilena manda a los jueces que presten tutela jurídica, pero sólo en negocios de su competencia, y ello supone que al tribunal sea planteado un asunto jurídicamente relevante.

Queda así sugerido que el Derecho tiene fronteras. Esto es lo que postuló Engisch. En su opinión, fuera de los campos jurídicamente regulados habría otros sobre los que el Derecho carece de imperio, como el puro pensar, la fe o la urbanidad en el trato social, y esta limitación generaría la siguiente alternativa: o bien una cuestión está decidida en el Derecho positivo, o bien no lo está y, entonces, pertenece a lo jurídicamente adiáforo; como quiera que sea, no habría lagunas en el todo jurídico, porque ese espacio libre de Derecho está situado más allá del Derecho mismo. También Larenz, a pro-

pósito de los fenómenos y disposiciones puramente internos, pensamientos, sentimientos, opiniones, creencias, simpatías y antipatías, así como las formas de saludo, despedida y tratamiento, anota que estas esferas del quehacer humano, yacentes extramuros del ordenamiento jurídico, son fundamentales para entender el verdadero sentido de una laguna de la ley, por cuanto las reglas que se echa de menos para colmarlas se refieren sólo a conductas jurídicamente relevantes, no a cuestiones que han sido dejadas al espacio libre de Derecho. En fin, este punto de vista merece asimismo la aprobación de Hirsch. Él no divisa impedimentos para admitir la posibilidad lógica de esas actividades libres, con tal que nos sacudamos del prejuicio de la omnipresencia de las prescripciones jurídicas y reconozcamos que el juicio *conforme a Derecho* no abarca solamente los actos permitidos por el ordenamiento, sino también todas las situaciones que el Derecho no toma a su cargo con el propósito de regularlas. De modo que en lugar de la contraposición “acto antijurídico” y “acto conforme a Derecho”, debiera sentarse esta otra: “antijurídico” y “no antijurídico”; en la segunda categoría habría que emplazar aquellos casos en que falten los requisitos de la antijuridicidad, “y a estos requisitos —sentencia Hirsch— pertenece que el comportamiento sobre todo esté sujeto a una regulación jurídica”. El pensar, la confianza, la simpatía, el saludo, etc., no lo están.

Es verdad que no se puede predicar lógicamente una nota respecto de aquello que de antemano se subtrae a la posibilidad de aplicársela. En este sentido, la genuina moral, es decir, la moral individual, la red de representaciones con que cada quien concibe el mundo y la vida, e incluso los deberes de decoro que la fuerza del hábito crea, modifica y suprime libérrimamente entre los hombres, no pertenecen *en cuanto tales* al Derecho, y sería ocioso debatir que sus formas expresivas son adecuadas a él o, al revés, antijurídicas.

Sin embargo, con razón advierte García Máynez que distinguir lo jurídico de lo no jurídico está lejos de ser una cuestión sencilla, ya que presupone el conocimiento de aquellos rasgos que deben darse en una conducta para que podamos considerarla como posible de esa regulación, o sea, un concepto de Derecho. Naturalmente, a este arduo y crucial extremo no puede extenderse mi clase.

Así y todo, obsérvese que múltiples casos de la vida que en cuanto tales resultan ajenos al Derecho, pueden ser y de hecho han sido comprimidos en preceptos del ordenamiento jurídico, interesado en regular su proyección intersubjetiva. Durante siglos fueron delito la herejía, la apostasía, la blasfemia; hoy, en cambio, las libertades de conciencia y de cultos representan nada menos que una garantía constitucional. La palabra

empeñada obliga en el fuero de la conciencia; pero las donaciones, incluso las deudas de juego, surten efectos jurídicos, más o menos perfectos. Cuidar durante algunas horas al hijo de un vecino, que nos lo ha confiado, puede acarrear responsabilidades legales si, por ejemplo, dejamos que el niño se hiera al manipular artefactos peligrosos. El abuso de confianza es circunstancia agravante de muchos delitos, y afecta, verbigracia, al ingrato huésped que aprovechando un convite hurta en la casa de su anfitrión. También los vaivenes históricos de ciertas normas de cortesía son testimonio de lo fluidos que pueden ser los límites entre el Derecho y el no Derecho: la costumbre de dar y tomar propina llegó antaño a convertirse en deber legal por la presión de sindicatos de hoteles y restaurantes. Ciertas reglas de etiqueta entran en la esfera del ordenamiento, como el saludo entre militares o el deber de los funcionarios públicos de rehusar obsequios y declinar invitaciones que la costumbre no aprueba. Sobre todo, el impedir a otro que desarrolle conductas que parecen jurídicamente adiáforas tiene repercusiones en el mundo del Derecho, a veces muy grave. ¿Habría algo más inocente que dar una caminata por la ciudad?. Pero el que con violencia impide al tranquilo viandante que recorra una calle determinada, comete un acto antijurídico; es más, un delito (el de coacciones).

Puede uno entender, pues, que un nutrido sector de la doctrina jurídica subscriba el principio de que aquellos comportamientos que no están prohibidos ni ordenados por el Derecho, quedan implícitamente permitidos, según lo que desde Zitelmann se denomina *norma general negativa*, y la oposición que contra ellos se despliegue debe ser considerada como ilícita.

Es claro que por esta vía se vuelve a la concepción de la universal validez y el enorme poder de expansión del Derecho, a esa forma de partenogénesis nacida de su horror al vacío. O en palabras de Radbruch: ya al elegir las conductas humanas que han de subordinarse a sus disposiciones, el Derecho adopta una posición respecto de las no reguladas, y el ámbito que éstas componen, el del "vacío jurídico", es siempre y sólo tal a causa de la propia voluntad del Derecho, que si bien no quiere asociarles los efectos propios de los hechos regulados, tampoco desea abandonarlas al libre juego de las fuerzas actuantes en ellas.

Sin embargo —la réplica es de Lothar Philipps—, hay muchas personas, tanto entre los juristas como entre los legos, que abrigan la firme impresión de que esos pseudo permisos debieran representar algo más contundente que el puro espacio abierto por la ausencia de mandatos y prohibiciones. Es decir, que el Derecho nada tendría que rebuscar a propósito de las conductas correlativas, a las que tiene que dejar en una zona libre de él. Parafraseando un pasaje de *El honor perdido de Katharina Blum*, del novelista Heinrich Böll,

el ciudadano privado no tiene porqué dejar aquí a la consideración del ministerio fiscal los detalles que importen y las diligencias del caso.

Por de contado que este camino conduce a la antítesis de la norma general negativa, a la reducción de lo jurídico a favor de lo no jurídico. El Derecho, proclama Comes, carece de poder sobre los límites; las esferas libres de Derecho disfrutan de esta calidad no porque él lo quiera así, del mismo modo que la libertad jurídica tampoco se basa en una concesión graciosa del ordenamiento. Y en su circumscribida tarea de asegurar la espontaneidad de lo jurídicamente adiafóro, el Derecho ilumina hacia afuera, no hacia adentro; no funda libertades, sólo las protege.

Pulsa en esta última afirmación una suerte de iusnaturalismo larvado, al que acompaña el dudoso entendimiento de que toda forma de positivismo jurídico constituye necesariamente un potencial estrangulador de la libertad. De que esto no es así, puede ilustrar el problema del suicidio.

Que el suicidio representa en el Derecho penal de nuestro tiempo una conducta atípica, esto es, no descrita por la ley como delito, es cosa que todo jurista sabe. Sin embargo, ora estemos ante Códigos que silencian por completo la cuestión, ora se trate de textos que castigan epifenómenos suyos, o sea, actos de participación en una conducta principal atípica, primero hay que resolver el problema de si el suicidio pertenece a la esfera de lo jurídicamente adiafóro o si el Derecho se ocupa de algún modo de él, permitiéndolo o prohibiéndolo.

Parte del penalismo contemporáneo niega que exista un derecho a la muerte, pero asume al mismo tiempo que la real facultad de que un individuo se la procure desbordaría el terreno del Derecho, quedado así en lo jurídicamente adiafóro (Quintano Ripollés). Este punto de vista, empero, deja varios aspectos sin resolver. El acto del suicida posee repercusiones sociales, sobre todo para sus parientes y allegados, cuyos intereses deben ser puestos en comparación con el del suicida a decidir sobre su propia existencia. Además, si éste se coloca a sí mismo fuera del Derecho, ¿cómo habrá que calificar la conducta del que trata de impedirle que consume su designio?: ¿salva una vida humana o atenta críminosamente contra la libertad de su titular?. Por último, queda ayuno de explicación por qué las leyes castigan a veces la instigación o la complicidad en el suicidio.

De hecho, incluso un criminalista que con tanto esmero procuró argumentar la facultad de disposición sobre la vida propia —me refiero a mi querido maestro, el desaparecido profesor Rivacoba—, hubo de reconocer que la única y decisiva razón para afirmar la ilicitud actual del suicidio, reside en la vigencia de disposiciones de este jaez. Pero pudiéramos razonar también como sigue: 1°) el acto del suicida (suponiéndole mayor de edad y

en posesión de sus facultades mentales) se mantiene en un plano de unilateralidad, es decir, se substraer radicalmente a la vinculación con otros, requisito esencial de toda regulación jurídica; 2°) un mismo individuo no puede ser a la vez sujeto activo y pasivo de relaciones de Derecho, al paso que gozar y padecer los efectos de una pasión es característico del enjuiciamiento moral, y, sin embargo, 3°) tarea del Derecho frente a la moral es sólo posibilitarla, pero no prohibir aquello que el Estado juzga como inmoral. Siendo así, la pertenencia del suicidio al terreno de la ética no parece incompatible con que el Derecho deba reputarlo como un acto lícito, siempre y cuando se mantenga dentro de aquellas fronteras, como quiera que su licitud está subordinada a la práctica directa por el propio interesado. Todo lo cual, por último, viene a coincidir con la constatación de que “si es verdad que la vida es el presupuesto *natural* de todos los valores humanos, la traducción en términos jurídicos de este principio no tiene correspondencia con la afirmación de que existe un *deber jurídico* de vivir o que continuar con vida sea una *obligación*” (F. Ramacci).

Cámbiese los términos del teorema y se modificará también el juicio jurídico sobre el particular. Es lo que sucede en el delito de auxilio al suicidio, dado que en él toma parte un tercero. Pero es lo que ocurre asimismo en las huelgas de hambre. Me refiero a las que Díez Ripollés llama *reivindicativas*, esto es, no las determinadas por desequilibrios psíquicos del huelguista, sino la huelga a que un sujeto mentalmente sano se entrega como medio de reivindicación o protesta, sobre todo cuando se trata de personas privadas de su libertad. Oportunamente menciona el profesor Náquira Riveros que las autoridades penitenciarias chilenas tienen el deber legal de velar por la vida, integridad y salud de detenidos y presos, y que fundadas en dicho deber han acudido con éxito ante los tribunales para obtener de ellos la autorización de nutrir contra su voluntad a los recalcitrantes. Determinar el momento en que esta autorización es procedente —si durante todo el arco de duración de la huelga o sólo cuando la debilidad física ha puesto al huelguista en situación de inconsciencia—, depende de consideraciones en las que no puedo enfrascarme ahora. Pero una cosa me parece clara y he de mantener firmemente: la sombra de ilicitud que circunda la huelga de hambre, o algunas de sus fases, reconoce su origen en la relación bilateral que tiende el huelguista con su protesta, sin que importe aquí cuál fue su verdadero fin, si obtener concesiones del Estado o, llegado el caso, inmolar su vida como mudo y terrible testimonio de la causa que sustenta.

En síntesis: hablando de actividades del hombre, tal parece que ninguna se substraer a la regulación jurídica. Aun suponiendo la existencia de conductas adiaforas —algo discutible incluso al interior de la ética estoica,

de la que proviene la noción de *adiaphoría*—, desde el lado del Derecho ellas funcionan como mecanismos de licitud, que es garantía de seguridad en su ejecución y, en definitiva, paladío de la libertad. Por eso la teoría del espacio libre de Derecho no ha hallado eco en la doctrina penal sobre las causas de justificación, que se basa en la presencia de supuestos excepcionales (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, etc.) a normas en otro caso prohibitivas, y puesto que en el comercio entre prohibiciones y permisos está siempre involucrada una valoración, es esto precisamente lo que cierra la brecha a una indiferencia jurídica (Lenckner). La construcción del profesor Zaffaroni sobre la tipicidad conglobante, con su propuesta de que el consentimiento opera siempre como causa de atipicidad, creo que marcha en el mismo rumbo, máxime teniendo en cuenta que en la Argentina la norma general que prohíbe constreñir a alguien a hacer lo que la ley no manda así como restarle aquello que la ley no prohíbe, tiene reconocimiento constitucional.

3. Vayamos a rápidas zancadas al segundo sentido encapsulado en el tema. Ahora debemos someter a examen actos relevantes para el Derecho y de los que el ordenamiento con efecto se ocupa, pero para los que no regiría el principio jurídico de contradicción, enunciado en el axioma de que las conductas jurídicamente reguladas sólo pueden hallarse prohibidas o permitidas. Junto a las categorías de la juridicidad y la antijuridicidad, ¿existirá un elemento sorpresivo, un *tertium* formado por conductas no prohibidas mas cuya ejecución tampoco es lícita, esos actos *no valorados* en la nomenclatura de Kaufmann?

Quedó dicho antes que este planteamiento no es nuevo. Acerca de una neutralidad jurídica predicada de ciertas ocurrencias típicas se debate hace más de cien años en la dogmática penal, casi siempre a propósito de la sistematización de las causas de justificación y con especial referencia a la naturaleza del estado de necesidad. Beling, por ejemplo, estimaba que el ordenamiento jurídico puede considerar de tres maneras la conducta humana: declararla antijurídica, conforme a Derecho o jurídicamente irrelevante, y en los dos últimos miembros de esta tricotomía basó su clasificación de las causas que eliminan el injusto en causas de justificación, por un lado, y simples causas de exclusión de la ilicitud, por otro. El concurso de éstas no representaría un permiso de ejecución, y entre tales acciones sin trascendencia jurídica Beling situó el estado de necesidad en que los bienes en conflicto son de igual valor.

En pro de tales causas de exclusión de lo ilícito de efecto apenas neutralizante se pronunciaron también, con dispares fundamentos, otros

penalistas del pasado, sobre todo Binding. Según el profesor de Leipzig, al lado de las acciones ordenadas o permitidas habría otras jurídicamente irrelevantes, cuyo más ilustrativo y antiguo ejemplo sería el de la tabla a la deriva que sólo puede soportar el peso de uno de los náufragos que azotados por las olas del mar se aferran desesperadamente a ella. Si — explica Binding— en este horrible conflicto entre dos vidas humanas fuese voluntad del Derecho, que no puede preferir una a la otra y por eso prohíbe a los infortunados mantenerse a flote a costa de matar a su compañero, que ambos sujetos deben hundirse, tal voluntad sería la irracionalidad misma, siendo preferible concluir que la acción necesitada de matar que en tales casos sobrevendrá fatalmente, antes que justificada, no está prohibida.

Resuenan en la precedente argumentación remotos ecos especulativos del pasado: que la máxima canónicomedieval *necessitas non habet legem*, o la fórmula iusnaturalista de que la necesidad reduce a los hombres a su substrato biológicoemocional, pero también el pensamiento fichteano de que cuando desaparece el presupuesto metafísico de la regulación jurídica —determinar el modo en que varios seres libres pueden actuar como tales—, ya no puede haber asunto de Derecho. Como quiera que sea, cuando la casualidad quiso que si de dos o más individuos ninguno pueda salvar la vida sino al precio de la de su semejante, lo que se haga al respecto queda fuera del Derecho y ante la retirada de éste decidiría la pura fuerza física.

Kaufmann, sin embargo, considera que la objeción de la recaída en el estado de naturaleza representa una exageración y, a la vez, un paralogismo. No hay por qué suponer que esos actos yacen en el espacio de lo no jurídico, afirma. Como primera demostración de su tesis él nos invita a pensar en las disposiciones del Código penal sobre la interrupción del embarazo, antes y después de que en Alemania se adoptase un sistema combinado de plazos e indicaciones. Cuando aquel Código, tras las múltiples vicisitudes atravesadas por los preceptos relativos al aborto, declara hoy como *no punible* la interrupción del embarazo, es porque el Derecho ciertamente ha tomado cartas en el asunto: la acción del médico, solicitada por la grávida, afecta sin duda alguna el interés jurídico asociado a la prosecución del estado de preñez y la sobrevivencia del ser en gestación. Ahora bien, “no habiéndose aportado por saber alguno una prueba racional que demuestre que la vida del hombre <ya completo> tendría mayor valor que la del *nasciturus*”, tampoco puede aducirse la existencia de una causa de justificación que legitime la decisión de la mujer y del médico. Pero —prosigue Kaufmann— como a propósito de una cuestión éticamente tan discutida no es tarea del Derecho dar unilateral razón a uno de los bandos en pugna (los adversarios o bien los defensores de la interrupción consentida del estado

de preñez), entonces un imperativo de tolerancia recomendaría dejar la última palabra a la decisión responsable del sujeto agente, cuya acción queda así en el terreno de lo no valorado. Mas no por esto hay que imaginar que las partes en polémica, ninguna de las cuales ha salido del todo gananciosa en sus requerimientos, convertirán clínicas y hospitales en un campo de batalla.

El paralogismo de la crítica, en el sentir del mismo escritor, quedaría de manifiesto por la imposibilidad de mantener el principio de contradicción en este género de situaciones, donde la valuación de los bienes en conflicto impide preferir la salvación de uno si ello ha de significar el aniquilamiento del otro. Con otras palabras: el binomio “antijurídico o conforme a Derecho” pierde vigencia cuando la más apremiante situación de necesidad obliga al involucrado a decidir por sí mismo, sin que ni él ni las leyes que le rigen puedan estar seguros de la absoluta corrección de lo obrado en esas circunstancias. Y así, termina Kaufmann, la situación del médico que cuenta con una sola máquina de respiración para atender a dos individuos gravemente heridos en un accidente, demostraría la parálisis de la dogmática penal empeñada en salvar a como dé lugar el principio del tercero excluido (es decir, la eliminación mental, por contradictoria, de la categoría de actos neutros o no valorados).

Se comprenderá que sería imposible acometer aquí el postulado de la neutralización con el detenimiento que su peso y gravedad demanda. En todo caso, el punto de arranque no puede ser otro que el concepto de Derecho, y ahora intentaré resumir hasta el esquematismo el que yo prohijo. El Derecho no es un valor, pero sí constituyen objetos valorados los bienes que él regula y le dan su razón de ser, a los que denominamos abreviadamente bienes jurídicos. En consecuencia, si los actos orientados a preservar esos bienes son conformes a Derecho, aquellos que los vulneran deben considerarse como antijurídicos —reserva hecha de que el ordenamiento, por las razones que presiden las diversas causas de justificación, permita afectarlos, lo cual, cuando ocurra, debe llamarse con todas sus letras lícito, y por lícito, valorado—; en síntesis, también para la calificación jurídica impera la regla *tertium non datur*.

Volviendo a los ejemplos con que los adeptos de la doctrina de la neutralización se proponen poner en jaque aquella regla, por lo pronto no parece de recibo la idea de que un imperativo de tolerancia, que daría parcial satisfacción tanto a los partidarios como a los detractores de la interrupción del embarazo, y el respeto a la decisión responsable de cada quien frente a situaciones-límite, puedan compatibilizarse con elementales exigencias de certeza y seguridad jurídicas. La refutación del adiaforismo en el Derecho

nos ha enseñado ya que es un presupuesto de la tolerancia entre los hombres y del respeto de la moralidad ajena, que existan claras directrices jurídicas. Por lo mismo, a mi entender la doctrina de lo no valorado fracasa precisamente allí donde más debiera demostrar su fuerza. Para que la apelación al ciudadano responsable obligado a adoptar determinaciones sin saber con exactitud lo que es correcto o incorrecto, en el marco de una “sociedad tolerante, pluralista y de riesgo”, una “sociedad que tenemos que ambicionar, pues responde a las realidades actuales”, no se disgregue en una fórmula hueca y, lo que es peor, lleve a confundir el relativismo valorativo que está en la base de toda democracia, con una solapada irresolución práctica, cuyos perniciosos efectos surgirían no bien alguien quiera imponer su propia “decisión responsable” a la grávida y al galeno que la asiste; o sea, para evitar la guerra interna instaurada en nombre de una tolerancia que reposa en seres, como somos los humanos, intrínsecamente polemizantes y a menudo violentos, es preciso tomar partido ante esas “barricadas fundamentalistas” que la doctrina en palabra querría templar replegándose en el uranio paraje de lo no valorado. Una vez que se sostenga que la situación de conflicto solamente puede resolverse en una decisión de responsabilidad personal, ello exige validez para ambos lados (Hirsch); y por este camino se corre el riesgo de exponer a la mujer embarazada a un *casus belli*, del que cabe conjeturar que las barricadas se transformarán en reacciones tremebundas, riñas y quizá homicidios. Aquí hay que optar, como testimonian muchos ordenamientos en el panorama comparado. Ni que decir tiene que las opciones de ciego unilateralismo, impuestas o preservadas por la fuerza de quien las dicta, no representan una verdadera opción. En esto la teoría de la neutralidad puede anotar a su favor un punto, pues no parece honesto ni sano mantener estas cuestiones encerradas en perpetuas torres de silencio, como si el escamoteo de los diversos puntos de vista y sus respectivos argumentos tuviese la virtud de solapar una controversia de enorme importancia y el poder mágico de disminuir las dolientes secuelas de la falta de una regulación apropiada.

Tampoco los conflictos entre vidas humanas o de deberes de la misma entidad conducen forzosamente la valoración jurídica a un callejón sin salida. En cuanto a lo primero, la doctrina de la neutralización, si quiere ser consecuente —pero no lo es—, debiera revocar al que se ve atacado por el que busca salvarse el derecho de defensa legítima. Naturalmente, esto significa abandonar la decisión del conflicto a quien tenga menos escrúpulos o sea más fuerte —es decir, al reino de la necesidad sin ley—, y una manipulación del sacrificado como si de un accidente empírico se tratase. Pero he aquí que la solución que la dogmática penal propone para estos casos, la de un

estado de necesidad exculpante, caería en sentir de Kaufmann en el absurdo de que, obrando antijurídicamente ambos necesitados al intentar su salvación, cada uno de ellos podría oponer a la agresión del otro una defensa legítima, algo en pugna con el principio jurídico de contradicción, porque no hay defensa legítima contra una legítima defensa. El reparo, sin embargo, pasa por alto que el correspondiente jurídico del principio lógico de contradicción se refiere a normas, y las conductas son siempre hechos. El Derecho no cae aquí en una contradicción, lo que sí ocurriría si en idénticas circunstancias un precepto prohíbe y otro permite a un sujeto el mismo acto. Agredir (hecho prohibido) y defenderse (hecho permitido) lejos están de ser la misma circunstancia o la misma conducta. No es ciertamente voluntad del Derecho que ambos sujetos perezcan, sino que quien salve su vida no lo haga mandando a pique al otro.

En lo que respecta a la colisión de deberes de análoga entidad y la forma de resolverlos la teoría de la neutralización sigue siendo y con mucho minoritaria, por la potísima razón de que el Derecho invariablemente debe decidir cuál es el deber que prevalece. El detalle de las distintas explicaciones surgidas en la ciencia penal nos llevaría demasiado lejos, tanto más cuanto que estos conflictos componen un cuadro rico y proteiforme. Ciñéndonos al que mencionamos antes, el del médico que recibe dos enfermos en semejante estado de gravedad y tiene que atenderlos uno por vez, muchos criminalistas argumentan la licitud de lo que él resuelva en que la opción de permanecer inactivo es sin ambages antijurídica, porque no existía la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho: "donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino" (Roxin). En realidad, la cuestión es más simple: siendo obligación jurídica del médico hacer cuanto esté a su alcance para salvar el mayor número de vidas, es evidente que lo que realice en tal sentido merece la aprobación del ordenamiento jurídico.

Una esclarecedora frase de Baumann da cuenta del porqué la teoría de las conductas neutras no encuentra plaza entre las causas de justificación: "es imposible conciliar la tesis de la neutralidad jurídica con la indiscutible adecuación típica de esas conductas". Aquello que el Derecho de algún modo regula está por eso mismo sujeto a una valoración. Sobre todo, es siempre su voluntad imponerse a las fuerzas actuantes en las situaciones que se dicen libres de él. ¡Pero si ante la cruda realidad de la guerra, incluso las guerras prohibidas por el Derecho internacional, quiere él que sus disposiciones protectoras de combatientes y civiles se apliquen en todo caso!.

La casi nula aceptación en el medio penalista de comportamientos jurídicamente neutros entronca con lo que antes expresamos respecto del no menos generalizado rechazo del adiaforismo en el Derecho: en ambos casos la repulsa parece justificada punto por punto.

Por supuesto, con esto no se quiere dar a entender como corolario final que el ordenamiento jurídico, esa unidad cerrada mas de expansiva vocación, sea capaz de acertar con la *mejor* respuesta a cada una de las situaciones que se le presenten, sino sólo que tiene que proveer *una*.

Lo mismo vale para el jurista. Una profunda observación de Goethe reza: "la suma de nuestras existencias, dividida por la razón, jamás arroja un resultado exacto, mas deja siempre como remanente una fracción caprichosa". Puede que más de algún jurista experimente parecidas impresiones en lo íntimo de su conciencia; que también para él el mundo sea un lugar más interesante precisamente por sus contradicciones y enigmas, y podemos contar con que orientará su trabajo científico a que un día coincidan por fin la respuesta que la comunidad exige de él, con aquella que es la única adecuada a dichos pliegues del azar. Sólo le está vedado que lo indeciso del asunto paralice su voluntad, por más que la decisión implique sacrificar convicciones y dudas personales a su juramento de fidelidad al Derecho. En este sacrificio intelectual es posible discernir ingredientes trágicos. Pero la silenciosa tragedia del jurista es también signo distintivo de la dignidad, es más, de la nobleza de su profesión.

Referencias

Jürgen Baumann, Ulrich Weber y Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 10ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1985; Ernst von Beling, *Esquema de Derecho penal*. Trad. de Sebastián Soler. Depalma, Buenos Aires, 1944; Karl Binding, *Compendio di diritto penale*. (Parte generale). Trad. italiana de Adelmo Boretini. Athenæum, Roma, 1927; Heinrich Comes, *Der rechtsfreie Raum*. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts. Duncker & Humblot, Berlin, 1976; José Luis Díez Ripollés, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*. En *Cuadernos de Política criminal*, Edersa, Madrid, número 30, 1986, págs. 603-659; Karl Engisch, *El ámbito de lo no jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960; del mismo, *Introducción al pensamiento jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés y Presentación de Luis García San Miguel. Ediciones

Guadarrama, Madrid, 1967; Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*. 6ª ed., Porrúa, México, 1989; Hans Joachim Hirsch, *El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica* (trad. de Patricia Ziffer), en su *Derecho penal*. Obras completas. 2 vols. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. I, 1999, págs. 89-119; Arthur Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, en su libro misceláneo *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge. Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, págs. 147-165; del mismo, *Filosofía del Derecho*. Trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero. Ariel, Barcelona, 1994; Theodor Lenckner, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch*. Kommentar. 25ª ed., C. H. Beck, München, 1997, págs. 475-503; Jaime Náquira Riveros, *Derecho penal*. Teoría del delito, I. Mc Graw-Hill, Santiago de Chile, 1998; Lothar Philipps, *Normentheorie*, en Kaufmann y Hassemer (directores), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 6ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1994, págs. 317-330; Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Publicados, 4 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. I, 2ª ed., puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, 1972; Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*. Trad. de José Medina Echevarría. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952; Fabrizio Ramacci, *I delitti di omicidio*. 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1997; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *División y fuentes del Derecho positivo*. Edeval, Valparaíso, 1968; del mismo, *Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana*. En la *Revista de Derecho*, del Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, año 1, número 3, abril de 2001, págs. 115-127; Claus Roxin, *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Cívitas, Madrid, 1997; Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*. Trad. de Juan Ossorio Morales y Prólogo de Felipe Clemente de Diego. 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1979; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal*. Parte general. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, y Ernst Zitelmann, *Lagunas del Derecho* (trad. de C.G. Posada), en el volumen *La ciencia del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1949, págs. 287-322.