

LIBERTAD, DERECHO Y NORMA

REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

SANTIAGO ZURZOLO SUAREZ¹

I

1. La pregunta por la función de la norma en Derecho Penal remite casi automáticamente a los trabajos de Karl BINDING² y Armin KAUFMANN³. También a los de Eb. SCHMIDT⁴ o Edmund MEZGER⁵, así como aquellos que llevó a cabo Hans KELSEN⁶, que son de referencia ineludible. En cualquier caso, su importancia es capital: es elemento esencial para la construcción del concepto de delito. Con ella se establece el ámbito de lo prohibido o lo inocuo, y tanto su conceptualización como la función que se le asigne condicionarán los problemas y soluciones dogmáticas que pudiera ofrecer una doctrina de la imputación.

2. Actualmente su incidencia es superlativa: el funcionalismo sistémico alemán hizo de ella la base del injusto, sin consideración a ningún otro elemento. La concepción del delito como su infracción es la moneda corriente en una dogmática que fundamenta la ilicitud en la frustración de expectativas que aparecen institucionalizadas en ella. Este es el eufemismo tras el cual se esconde la idea de que la norma dirige el comportamiento, como forma específica de la generalizada ilusión de que *el derecho* regula conductas.

3. La pretensión de derivar todo el sistema de la imputación de la norma que se deduce del tipo penal, conlleva la concepción del derecho como mero sistema normativo, su confusión con la legislación y una inadecuada determinación de sus destinatarios. Un derecho como discurso de la libertad en un Estado de libertades debe poder dar respuesta a la pregunta por su función, dimensionando adecuadamente cada uno de esos aspectos. También redefinir los alcances de una doctrina de la imputación de carácter relacional. De allí que sea indispensable abrir la discusión sobre cada una de esas cuestiones, modificando la matriz del debate y los términos de su objeto.

II

1. El derecho no es un simple conjunto de normas que regula acciones y asigna consecuencias. Constituye el ámbito que sirve de amparo al gobierno de sí y a la construcción de un proyecto de vida plena. Esto conduce a la necesidad de redefinirlo, pues es común confundirlo con uno de los elementos que sirve para su construcción: la legislación. Mientras ésta constituye un acto de poder político legislativo, el derecho se vale de ella para garantizar la autonomía en el acto de otro poder. Derecho y legislación sólo tienen en común la relación que establecen entre departamentos de gobierno dentro de la organización del poder estatal. Sin embargo, sus fuentes de producción son diversas: mientras la legislación es la forma de expresión del poder de los representantes, el derecho es la del poder de los juristas. Se alimentan y limitan mutuamente pero no son lo mismo.

¹ Profesor Adjunto Interino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² BINDING, Karl; *Die normen und ihre Übertretung*; Verlag, Leipzig, 1872/1877.

³ KAUFMANN, Armin; *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*; Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954.

⁴ VON LISZT, Franz y SCHMIDT, Eberhard; *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*; Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1927.

⁵ MEZGER, Edmund; *Die subjektiven Unrechtselemente*; GS 89, 1924, pág. 206 y sgtes.

⁶ KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho*; UNAM, 1979, pág. 129.

2. Sólo será posible desentrañar la función de las normas como derivación de la legislación y su incidencia en la construcción de programas de proyección de decisiones de la agencia judicial que sean su expresión, estableciendo certeramente qué es el derecho y cuál es su función. Esto requiere una delimitación dinámica: una concepción estática no ofrece parámetros para la determinación de espacios de libertad y auto-organización humana. De allí que quepa definirlo desde tres perspectivas que le otorgan una dimensión superadora: es discurso, proceso y relación.

3. (a) Es un *discurso* en tanto producto de la construcción del jurista. Conforme su método, deconstruye las palabras de la ley y las reconstruye en forma de sistema, integrándolas con el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Tiene función de protección y finalidad de contención y reducción de la violencia. El *derecho como discurso es libertad*. (b) Es un *proceso* que constituye el medio para lograr esa libertad. Es lucha⁷ por el reconocimiento del otro en su otredad. Su función es la maximización progresiva de la libertad erigiéndose en herramienta de denuncia y exigencia a los poderes legislativo y ejecutivo del cumplimiento del rol de garante del Estado en la construcción de dignidad para el ser humano. De ese modo cumple su cometido instrumental, materializando su dimensión social y su carácter teleológico. Muestra el aspecto dinámico del discurso en la tarea cotidiana de los operadores encargados de decidir conflictos intersubjetivos. El *derecho como proceso es una herramienta emancipatoria* (c) Es una *relación* de reconocimiento que tiene a la libertad por fundamentos. De allí que su *realidad* sea intersubjetiva y deba ser entendida como autonomía: reconocimiento de un ámbito de organización del propio proyecto de vida exento de toda injerencia ajena y de un ámbito de autodeterminación. Por ello su fuerza autoritativa reposa en el modelo de Estado que lo subyace.

4. Esta mirada del derecho como fenómeno con verdadera incidencia social y que reúne en sí las dimensiones expuestas, condiciona la definición del derecho penal como una de sus formas específicas. En este sentido, deben abandonarse sus conceptualizaciones como mero conjunto de normas penales. Si el derecho en general es libertad, con mayor razón lo es el penal: no regula conductas humanas sino la actuación del Estado en el ejercicio de la violencia punitiva. Por eso es la *parte del discurso de los juristas que protege la libertad por vía de reducción de la violencia, para lo cual reconoce a la autonomía del ser humano como fundamento de la existencia del Estado de Derecho y limitación al Estado de Policía*.

III

1. El derecho es libertad realizada y por realizar. Realizada en cuanto supone un grado de reconocimiento y concreción. Por realizar en tanto implica la necesidad de la maximización progresiva del reconocimiento y concreción alcanzado. Se trata de la

⁷ Cfr. VON JHERING, Rudolf; *Der Kampf ums Recht*; Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2003. Si bien la idea del derecho como lucha es tomada de VON JHERING, aquí se le da otro alcance. En efecto, JHERING afirma que el derecho se encargaría de dictar normas que regulan las relaciones en una sociedad. Aquí se sostiene que no lo hace. Por el contrario, sí que el individuo toma parte activa en la construcción del derecho.

⁸ A diferencia de Donna, que entiende que la relación de reconocimiento es el fundamento del derecho: en DONNA, Edgardo Alberto; *Sobre el concepto de la pena estatal*; en *Filosofía del Derecho Penal. Separata de la Revista de Derecho Penal*, 2015-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

⁹ Reconoce una función similar, pero con sentido diverso: PAWLIK, Michael; *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*; Atelier, Barcelona, 2016, pág. 36.

dinámica propia que le imprime el derecho internacional de los derechos humanos, que impone deberes al Estado. En ese sentido, la libertad sólo puede realizarse en él pues su plenitud es alcanzable removiendo los obstáculos y cortapisas que pudieran impedirla. El derecho como forma de reconocer al ser humano como fundamento del Estado ya no puede ser pensado como libertad como no impedimento, sino que requiere su complementación con la generación de sus condiciones de posibilidad material. Por ello, los deberes estatales de respeto y protección son insuficientes: el Estado también debe cumplir con deberes de promover y garantizar, para posibilitar una libertad jurídica real. De allí que pueda afirmarse que la realidad del derecho es la libertad, mientras la realidad de la libertad es la autonomía.

2. Esto conduce a la necesaria redefinición de ésta. Ello se vuelve imperativo porque el pensamiento jurídico tradicional limitó su capacidad de rendimiento. Es habitual su presentación en la forma de autodeterminación¹⁰. Eso probablemente se deba a una particular lectura de KANT, de acuerdo con quien el ser humano sólo se encuentra obligado a acatar las leyes que se da a sí mismo¹¹. La amplitud de la afirmación condujo a limitar la discusión sobre la autonomía a su aspecto subjetivo.

3. La asunción de un concepto y función del derecho que entre otras propiedades definitorias tenga carácter emancipatorio, exige concebir la autonomía con una dimensión superadora. En ese sentido, debe ser caracterizada como manifestación compleja de la libertad humana en un contexto de interacción¹². La pregunta por la libertad fuera de él es fútil, pues no existiría limitación de ninguna clase para el desenvolvimiento propio. En el ejemplo imaginario que utiliza JAKOBS como disparador en *Sobre la génesis de la obligación jurídica*¹³, puede verse con claridad esta circunstancia. Es precisamente la interacción lo que reclama una relación de reconocimiento del otro en su otredad, estableciendo un ámbito de organización exento de injerencia ilícita ajena. De allí que deba ser entendida como autogobierno.

4. Conforme con ese alcance no sólo supone la autodeterminación del ser humano. También implica el resguardo del habitante frente a las posibles injerencias de terceros, especialmente del Estado¹⁴. Asimismo, reclama tener a éste como garante de su materialización. Los deberes estatales de abstención y protección tienen por finalidad garantizar ámbitos de autoorganización y proyección de modelos de vida no censurables. Se trata de un verdadero derecho a la diversidad y subjetividad, que no puede ser materia de censura, prohibición o intromisión. La profesión de un culto, las creencias religiosas, la diversidad sexual o cultural, la posibilidad de decidir sobre el propio cuerpo, la expresión de ideas, la tenencia y consumo de tóxicos, la autolesión o incluso el suicidio, se encuentran resguardados por este concepto. Además, los casos de consentimiento o asunción de riesgos constituyen su ejercicio. Se trata de un verdadero derecho a la diferencia que encuentra su primera restricción en la *trascendencia*. Todo aquello que no se proyecte sobre ámbitos de organización ajena se encuentra dentro de la autonomía. Pero también los casos de injerencia en ámbitos de organización ajena que sean lícitos,

¹⁰ PAWLIK, Michael; Op. Cit., pág. 33 y sgtes., y citas allí consignadas.

¹¹ KANT, Immanuel; *La metafísica de las costumbres*; Tecnos, Madrid, 2012, pág. 30.

¹² Ibídem, pág. 38.

¹³ JAKOBS, Günther; *Sobre la génesis de la obligación jurídica*; Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 7.

¹⁴ Sobre el punto, MILL, S., *On liberty*; en *Utilitarianism, On liberty and Essay on Bentham*, Meridian, New York, 1974, pág. 135; RAWLS, J., *Teoría de la justicia*; Fondo de Cultura Económica, México DF, 1985, pág. 19 y sgtes.

por suponer el ejercicio de un derecho reconocido en un extremo conflictivo - autoprotección-.

5. La autonomía es un concepto relacional: constituye el vínculo recíproco de múltiples sujetos, entre ellos el Estado. Ello se debe a que constituye el equilibrio entre la libertad como no impedimento y la libertad como condición de posibilidad. De allí que no baste con la no injerencia sino con la promoción y garantización de otros derechos de parte del Estado, que permitan materializarla. Es la síntesis entre libertad humana y deberes del Estado, que materializan y consolidan una libertad jurídica real. Sólo así se contribuye a la garantía de las condiciones elementales de la propia existencia, generando las fundamentales para la coexistencia.

IV

1. De acuerdo con la tesis aquí defendida sobre el derecho y la autonomía, la norma es derivación de la legislación y, por consiguiente, no es propiedad definitoria de ninguna de ambas. En ese sentido, exige redefinición y determinación de su función y destinatario, a fin de otorgarle adecuada dimensión. Esto implica dar preponderancia al derecho por sobre la norma y no lo contrario, como propone la doctrina tradicional. De seguir por ese camino se reduciría el derecho a mero sistema normativo y se degradaría la autonomía a simple permiso. También desjerarquizaría la función de la agencia judicial y se la pensaría como sometida a la agencia legislativa.

2. La reducción del poder de los juristas a una función exegética está prohibida por nuestro bloque de constitucionalidad. Los poderes constituidos del Estado tienen igual jerarquía, pero diversidad de funciones, lo que conforma el complejo de frenos y contrapesos propios de toda república. Cada departamento de gobierno controla a los restantes en el marco de las competencias que le son propias y que le son legalmente habilitadas. Además, en un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso y de carácter judicial, todo programa de proyección de decisiones debe ser precedido por esa tarea.

3. La relación entre los poderes del Estado es de coordinación y no de subordinación. Esta vinculación diferenciada es una pauta de determinación de la fuente de producción del derecho. De allí que mientras el poder legislativo provea la materia prima necesaria para su elaboración, ésta repose en el poder judicial. Este diseño institucional marca la imposibilidad de pensarlo como simple sistema o conjunto de normas.

4. La autonomía como libertad jurídica realizada en la forma de ámbito de organización exento de injerencias y posibilidad de autodeterminación, también constituye una pauta de determinación de la función de la norma. Mientras éstas son derivación deductiva de las leyes infra-constitucionales, la autonomía tiene fundamento normativo constitucional. De ese modo, se instituye en norma fundamental con relación al sistema normativo-prohibitivo. Aún el reconocimiento de una norma que instituya un deber general de no lesión¹⁵, tendría carácter subsidiario frente a las reglas de reserva y trascendencia que configuran un ámbito de protección para el ser humano y constituyen el fundamento constitucional de la autonomía.

¹⁵ Por todos: JAKOBS, Günther; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*; Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2003, pág. 31 y sgtes.

5. Los deberes de no lesión¹⁶, respeto¹⁷ o cooperación¹⁸ requieren su concreción en normas deducibles de supuestos de hecho típicos específicos, que sirvan de antecedente al mandato de sanción dirigido al Estado frente a su constatación. Mandatos de esa clase descuidan que no toda infracción a esos deberes –cuando son pensados genéricamente– conduce a un injusto. Toda prohibición o mandato penal se expresa en una lesión, pero no toda lesión configura una prohibición o mandato penal. La posición contraria pondría seriamente en cuestión el principio de legalidad.

6. En este contexto, la norma debe ser entendida como la limitación marginal a la autonomía humana. Esa es su función de acuerdo con un sistema jurídico que condiciona la construcción de un derecho que tiene a la libertad por fundamento y objetivo. En ese sentido, es una limitación porque marca la frontera a partir de la cual se trasciende el ámbito de auto-organización para constituir una injerencia en la autonomía ajena. A su vez, es marginal por su carácter excepcional y fragmentario. De allí que su infracción constituya en antinormativa a la conducta, siempre que limite o cancele la autonomía de otro.

V

1. La teoría de las normas identifica una doble normatividad en la ley: norma primaria y secundaria, de valoración y de determinación o motivación, de comportamiento y de sanción. En cualquier caso, se trata de normas que se dirigen a destinatarios distintos: la que se deduce lógicamente se dirige al ser humano (ciudadano, como se señala habitualmente) y establece una prohibición o mandato; la que surge expresamente de la ley se dirige al juez, sobre quien pesa el deber jurídico de aplicar la consecuencia asociada a la conducta que le sirve de antecedente. Como puede apreciarse, aún cuando la norma deducida se dirige a una generalidad indeterminada, se la piensa únicamente como potencialmente criminalizable pero nunca victimizable. Del mismo modo, a la norma expresa se le piensa dirigida al juez como si fuera una especie de autómatas no humano que se limita a formular irreflexivas operaciones de subsunción. Se trata ya desde el punto de partida de una mirada que abandona su carácter relacional.

2. Los modelos de explicación de las normas enunciados no son necesariamente excluyentes. Más aún, ocupan un lugar secundario en la construcción de una doctrina de la imputación, pues actualmente se las entiende como expectativas de conducta institucionalizadas¹⁹. Con ello se mantiene vigente la idea de conducción del comportamiento, ahora como orientación de los individuos en su interacción. En este sentido, la norma marcaría qué conducta esperar de otro, pero ante la frustración de la expectativa habilitaría el castigo como forma de reafirmar en la víctima que tenía buenas razones para esperar lo que esperaba y no se produjo. De ese modo, no se promete una conducta determinada, pero se protegería a quien la esperaba.

3. La lógica interna de este modo de concebir la norma resulta adecuada, aunque corresponde rechazar su fundamento. Es acertada la incorporación de quien es victimizable. Ello conduce al abandono de la cerrada relación entre la norma y el

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ PAWLIK, Michael; *Op. Cit.*, pág. 81 y sgtes.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ JAKOBS, Günther; *Op. Cit.*; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Normas y acciones en derecho penal*; Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 26 y sgtes.; LESCH, Heiko Hartmut; *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*; Marcial Pons, Buenos Aires, 2016, pág. 203 y sgtes.; HÖRNLE, Tatjana; *Teorías del pena*; Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 17 y sgtes.; TEUBNER, Gunther; *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*; Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 39 y sgtes.; entre muchísimos otros.

infractor, y rescata la vinculación que se establece recíprocamente entre norma-infractor-víctima a partir de su inobservancia. Desde esa perspectiva, *la norma no es una expectativa de conducta que puede confirmarse contrafácticamente, sino el reconocimiento de un derecho que concretiza un aspecto de la autonomía ajena.*

4. Si la autonomía como autogobierno contribuye a la garantía de las condiciones elementales de la propia existencia y la norma cumple la función de limitación marginal de ella, está fijando el ámbito de reconocimiento mutuo de la auto-organización. En ese sentido, se establece un diálogo recíproco entre norma-infractor-víctima a partir del cual se prohíbe la injerencia concreta en la libertad ajena y, consecuentemente, el derecho a no ser sometido a injerencias antinormativas arbitrarias. Se trata de una regulación sinalagmática del binomio prohibición-libertad, que determina una concepción del injusto como conflicto lesivo intersubjetivo.

5. Lo expuesto conduce a redefinir cuál es la norma primaria y cuál la secundaria. Pero el reconocimiento del derecho y la autonomía como fenómenos distintos de la legislación y presupuestos de la norma prohibitiva, exigen una redimensión del asunto. *La norma que se deduce del tipo y opera como límite marginal a la autonomía nunca puede ser primaria.* Ello porque necesariamente la norma fundante es la autonomía, que precede conceptualmente a la prohibición o mandato en un Estado de libertades: el carácter fragmentario del sistema normativo derivado -de jerarquía infraconstitucional- demuestra que opera como limitación de aquella que es lógicamente anterior. Por ello, *norma primaria es la autonomía; norma secundaria es su limitación marginal por prohibición o mandato que reconoce sinalagmáticamente el derecho de otro a la no injerencia en su ámbito de auto-organización; y norma terciaria es la que se dirige al Estado, imponiéndole el deber de hacer operativa la sanción asociada a la verificación de la infracción a la norma secundaria que funciona como antecedente.* Consecuentemente, son destinatarios de la norma tanto el Estado como el ser humano -incluyendo tanto al infractor como a la víctima-, entre quienes se establecen relaciones recíprocas.