

COMENTARIO CRÍTICO A LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2005*

Antonio Bascuñán Rodríguez

El autor realiza un examen crítico de la regulación sobre delitos relativos al medio ambiente contenida en el Anteproyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia de 2005. Para tal efecto formula primero consideraciones generales en relación con el objeto de protección y los modos de ataque en los delitos medioambientales y en relación con la dependencia en que se encuentra el derecho penal respecto del derecho administrativo en la configuración de estos delitos. Luego examina críticamente las normas sobre delitos en particular previstas por el anteproyecto, así como las reglas generales sobre autoría, relevancia de las autorizaciones administrativas ilegales y penas a las personas jurídicas. El resultado de este examen, claramente negativo para el anteproyecto, es finalmente resumido a modo de conclusión.

ANTONIO BASCUÑÁN. Abogado. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Penal, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

* El autor agradece a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Bernardo Busel Niedmann y Manuel González González por la ayuda prestada en la revisión y edición del presente trabajo.

Véanse también en esta edición los artículos “Derecho Penal Medioambiental: ¿Porqué o cómo?”, de Roland Hefendehl, y “Fundamentos de la Propuesta de la Comisión Foro Penal para la Protección del Medio Ambiente”, de Jean Pierre Matus A. (N. del E.)

Estudios Públicos, 110 (otoño 2008).

1. Planteamiento general

El propósito de este trabajo es ofrecer un comentario crítico a los artículos 167 a 173 y a algunos de los Arts. 228 a 233 del anteproyecto de nuevo código penal (en adelante, “el anteproyecto” o “AP”), que fuera elaborado por una comisión de expertos reunidos por el Ministerio de Justicia durante los años 2003 y 2005¹. Las disposiciones del primer grupo mencionado regulan los “delitos relativos al medio ambiente” del anteproyecto, comprendidos en el párrafo primero del título noveno de su libro segundo; el segundo grupo corresponde a las disposiciones comunes a los distintos grupos de delitos que integran dicho título. Ambos grupos de disposiciones tienen su origen en un proyecto de ley sobre delitos contra el medio ambiente que fuera elaborado en el marco de un proyecto de investigación realizado por un grupo de investigadores de la Universidad de Talca, bajo la dirección de Jean Pierre Matus (en adelante “el proyecto”, o “P”)².

Aunque en la redacción de uno y otro texto son constatables diferencias, la similitud general justifica comentarlos conjuntamente, considerando el anteproyecto como una versión revisada del proyecto. La fundamentación de éste ofrece el marco general de referencia de la crítica a aquél. Por otra parte, dado que el proyecto se presenta como la versión chilena del modelo estándar de codificación europeo-continental de la protección penal del medio ambiente, su evaluación exige considerar algunos antecedentes de derecho penal comparado³.

¹ Ministerio de Justicia (Comisión Foro Penal): “Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005. Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto”, noviembre de 2005 (ejemplar electrónico de 78 páginas, inédito.)

² Matus Acuña, Jean Pierre (ed.): *Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y Propuesta para un Nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*, 2004. Con anterioridad, el proyecto de investigación generó otras dos publicaciones: Matus Acuña, Jean Pierre, Marcos Orellana Cruz, Marcelo Castillo Sánchez, María Cecilia Ramírez Guzmán: “Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno a la Luz del Derecho Comparado y las Obligaciones Contraídas por Chile en el Ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y Propuesta Legislativa Fundada para una Nueva Protección Penal del Medio Ambiente en Chile”, 2003, p. 11; Matus A., Jean Pierre, María Cecilia Ramírez G., Marcelo Castillo: “Informe sobre el Derecho Penal Ambiental en el Derecho Comparado de Tradición Continental”, 2002, p. 7.

³ A este respecto priorizo la consideración del Código Penal alemán (§§ 324-330-a) y del Código Penal español (Arts. 325-331). Sobre el derecho penal alemán del medio ambiente: en general, Ransiek, Andreas: “Comentario a los §§ 324-330-a StGB”, 2005, Tomo II, p. 5592; Steindorf, Joachim: “Observación Preliminar a los §§ 324-330-a StGB”, 2005; para aspectos particulares, especialmente la evolución entre 1980 y 1994, Rudolph, Hans-Joachim: “Primat des Strafrechts im Umweltschutz?” (¿Primado del derecho penal en la protección del medio ambiente?), 1984, p. 193; Tiedemann, Klaus, Urs

Lejos de proponer una concepción de la función del derecho penal del medio ambiente radicalmente distinta de la tenida a la vista por el anteproyecto —en rigor, por el proyecto—, este comentario asume más bien la forma de una crítica interna. Mi tesis es simple: el anteproyecto acierta en la identificación de las cuestiones que hacen problemática la regulación de los

Kindhäuser: “Umweltstrafrecht. Bewährung oder Reform?” (Derecho penal del medio ambiente. ¿Conservación o reforma?), 1988, p. 337; Rengier, Rudolf: “Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht” (Acerca de la determinación y significado de los bienes jurídicos en el derecho penal del medio ambiente), 1990, p. 2506; Otto, Harro: “Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts” (Problemas fundamentales del derecho penal del medio ambiente), 1991, p. 308; Kuhlen, Lothar: “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik” (Derecho penal del medio ambiente – a la búsqueda de una nueva dogmática), 1993, p. 697; Otto, Harro: “Das neue Umweltsstrafrecht” (El nuevo derecho penal del medio ambiente), 1995, p. 134; Schünemann, Bernd: “Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts” (Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente), 1996, p. 437 s. (versión en español en Schünemann, Bernd: *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 203 s.); Bloy, René: “Umweltstrafrecht: Geschichte. Dogmatik. Zukunftsperspektiven” (Derecho penal del medio ambiente: Historia. Dogmática. Perspectivas del futuro), 1997, p. 577. Sobre derecho penal español del medio ambiente: en general, Queralt Jiménez, Joan: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2002, p. 623 s., Silva Sánchez, Jesús María: *Delitos contra el Medio Ambiente*, 1999a; para aspectos particulares: De la Mata Barranco, Norberto: *Protección Penal del Medio Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, 1996; Camilo, Javier, y Sessano Goenaga: “La Protección Penal del Medio Ambiente: Peculiaridades de su Tratamiento Jurídico”, 2002, Alastuey Dobón, María del Carmen: *El Delito de Contaminación Ambiental (Art. 325.1 del Código Penal)*, 2004; y las contribuciones recogidas en Barreiro, Agustín Jorge (director): *Estudios sobre la Protección del Medio Ambiente en el Ordenamiento Jurídico Español*, 2005. Para un examen de derecho comparado, inclusivo de las regulaciones alemana y española: Faure, M., y M. Visser: “How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm”, 1995; Mendoza Calderón, Silvia: “La Protección Penal del Medio Ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal Comparado”, 2005. En lo que respecta al derecho penal del medio ambiente norteamericano, su extrema fragmentariedad lo hace prácticamente inmanejable para los fines de este comentario. No obstante, la discusión académica acerca de la evolución y los problemas del uso del derecho penal para reforzar la legislación medioambiental son directamente pertinentes, como puede apreciarse por ejemplo en Schroeder, Christopher H.: “Cool Analysis Versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law”, 1993; Lazarus, Richard L.: “Assimilating Environmental Protection into Legal Rules and the Problem with Environmental Crime”, 1994; el mismo, “Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law”, 1995a; Brickey, Kathleen F.: “Environmental Crime at the Crossroads: The Intersection of Environmental Law Theory”, 1996-1997. En todo caso, cabe señalar que la diferencia cultural entre la codificación y el derecho jurisprudencial no es directamente relevante en este ámbito. El derecho del medio ambiente norteamericano es derecho estatutario, en un sentido formal (legislación, regulación administrativa) y político (intervención regulativa estatal deliberada), y no derecho del *common law*: “Algunos

delitos contra el medio ambiente, pero yerra en su tratamiento. En otras palabras, las reglas del anteproyecto pueden entenderse como intentos de respuesta a esos problemas, pero en ningún caso son aceptables como soluciones.

En la exposición de esta tesis procederé del siguiente modo. Primero identificaré los ámbitos en que se advierte el carácter problemático el derecho penal del medio ambiente, haciendo referencia a dos aspectos básicos, la identificación del bien jurídico protegido y del ataque en su contra (2) y la dependencia que manifiesta la regulación penal de la regulación administrativa (3). Luego analizaré en general el tratamiento sistemático dado por el anteproyecto a los delitos relativos al medio ambiente (4), para seguir con el análisis de cuestiones más específicas de la configuración de los dos supuestos centrales de los delitos de atentado al medio ambiente (5) y el incierto carácter del tercer supuesto que integra este grupo de delitos (6). Después examinaré brevemente el delito de incumplimiento del sistema de evaluación de impacto ambiental (7) y el delito de manejo de sustancias peligrosas (8). En su calidad de cuestiones comunes a todos los delitos analizaré también críticamente la configuración del ámbito de autoría (9) y el tratamiento de la autorización administrativa (10). Como último aspecto del anteproyecto a comentar, haré un breve comentario acerca de las penas y otras consecuencias coercitivas (11). Finalmente, terminaré mi exposición con la enumeración de ciertas conclusiones a modo de resumen (12).

Antes de proceder del modo anunciado, sin embargo, me parece indispensable una reflexión previa. Es un hecho en verdad extraño que el surgimiento del derecho del medio ambiente en el sistema jurídico chileno⁴ no haya estado acompañado por el surgimiento, ni siquiera embri-

casos que ahora llamaríamos del medio ambiente fueron llevados a la corte bajo el derecho del *common law*, lográndose poner remedio a daños por contaminación. El *common law*, sin embargo, no creó un cuerpo consistente de derecho jurisprudencial que reconociera la amplia legitimidad de la protección al medio ambiente, y a menudo se inclinó en los hechos ante la misión de la industrialización” (Plater, Zygmunt J. B.: “From the Beginning, a Fundamental Shift of Paradigms: A Theory and Short History of Environmental Law”, 1993-1994. De aquí que sea inherentemente inductora a confusión la tematización del derecho ambiental norteamericano como “tradición del *common law*”, consignada en Matus (ed.), *Derecho Penal...*, *op. cit. supra*, nota 2, p. 171).

⁴ Me refiero al establecimiento de la Ley 19300, sobre bases generales del medio ambiente (*Diario Oficial* de 9 de marzo de 1994). Ciertamente, antes de esa ley existía regulación —legal y reglamentaria— relativa a la preservación de los recursos naturales y al tratamiento de emisiones contaminantes, que por lo demás no fue sustituida por la nueva regulación. No obstante, fue la ley 19300 la que confirió a esa regulación un sentido determinado dentro de un modelo de diseño institucional para la actuación estatal orientada a la protección del medio ambiente. Para un vistazo de las normas sancionatorias penales previstas en la regulación preexistente a la Ley 19300, Matus, Orellana, Castillo y Ramírez: “Análisis Dogmático...”, *op. cit. supra*, nota 2, p. 29 s.

nario, de un derecho penal del medio ambiente. Dejando de lado la cuestión de la incorporación de las normas punitivas en el contexto sistemáticamente más exigente de la codificación, es decir, desde el solo punto de vista del interés estatal en asegurar coercitivamente la vigencia de su intervención regulativa, resulta difícil de entender la prescindencia de un aparato institucional sancionador suficientemente poderoso en el diseño institucional del derecho del medio ambiente conforme a un modelo de primera generación, es decir, de *command-and-control*⁵.

En parte, la explicación de este fenómeno pareciera encontrarse en la inexistencia a esa época, previa a la reforma procesal penal, de un órgano público institucionalmente responsable de la realización de las pretensiones punitivas del legislador. La apreciación del viejo procedimiento penal como un mecanismo institucional ineficiente, opaco y en el cual se diluía la responsabilidad pública por la prosecución de la investigación y el proceso, hacía desaconsejable otorgarle un rol relevante en la aplicación coercitiva de la regulación ambiental. En parte también ha de tenerse presente que la inexistencia de sanciones penales a los atentados contra el medio ambiente es congruente con el fenómeno generalizado en el derecho chileno de prescindencia legal de la reacción punitiva frente a acciones característicamente cometidas en el ámbito de la empresa, como la administración desleal societaria y las infracciones a la regulación de la libre competencia. Pero la razón más probable de la inexistencia de un aparato sancionador poderoso parece encontrarse en la debilidad con que la Ley 19300 asumió, en el plano regulativo administrativo, el modelo de *command-and-control*. Desde el punto de vista sancionatorio administrativo, ese déficit es evidente. Se trata de un diseño institucional de coordinación y no de concentración, que preserva las competencias de fiscalización preexistentes, y que para efectos de la sanción administrativa de las infracciones a la propia Ley 19300 y las normas originadas a partir de ella dispone distintos procedimientos, ninguno de los cuales se inicia por actividad exclusiva del organismo creado por la ley como agencia administrativa principal en materia medioambiental⁶.

⁵ Para una distinción tentativa entre generaciones (modelos alternativos) de sistemas de regulación del medio ambiente, Stewart, Richard: "A New Generation of Environmental Regulation?", 2001-2002, con indicación bibliográfica crítica y favorable al modelo de la primera generación en su nota 1 (pp. 22-23); con una visión más optimista de la capacidad de respuesta de la regulación medioambiental a los desafíos evolutivos, Esty, Daniel: "Next Generation Environmental Law: A Response to Richard Stewart" (2001-2002).

⁶ Como es bien sabido, la aplicación de sanciones por infracción a los planes de manejo, prevención o descontaminación o a la regulación especial en situaciones de emergencia ambiental es de competencia del juez de letras en lo civil del lugar donde se genere el hecho, y el ejercicio de la acción respectiva corresponde a las municipalidades y

Por supuesto, ninguna de estas explicaciones justifica la ausencia de un sistema sancionatorio eficaz, ya sea administrativo o específicamente punitivo. Como más adelante se verá, tampoco considero concluyentes los reparos usualmente formulados respecto de la legitimidad del uso de la pena como medio de reforzar la legislación medioambiental. Con todo, estimo que debe considerarse como una oportunidad valiosa para la deliberación política el hecho de que aún no exista entre nosotros derecho penal del medio ambiente. La experiencia comparada demuestra que tras un primer momento de intensa disposición política a la revisión reflexiva de las normas punitivas que se establecen, sobreviene una profunda inercia institucional. Si alguna función desempeña efectivamente el derecho penal medioambiental, ella no tiene lugar en el plano de los destinatarios de las normas de comportamiento que refuerza, sino de los agentes políticos competentes para revisar esas normas. El principal efecto cultural del derecho penal del medio ambiente es la consolidación irreflexiva del modelo de regulación administrativa al cual contingentemente se vincula⁷.

Ésta es una cuestión que el proyecto no se plantea. Ensimismado en su pretensión de ofrecer una regulación penal canónica, no alcanza a advertir que su propuesta asume acríticamente la corrección de la regulación administrativa vigente que refuerza mediante la pena. Una mirada a la re-

“demás organismos competentes del Estado” (Arts. 56, 58 y 60 Ley 19300). La aplicación de sanciones por incumplimiento de normas o condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el estudio o se aceptó la declaración de impacto ambiental corresponde a la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, y el ejercicio de la acción respectiva corresponde a “los organismos del Estado que participen en el sistema de evaluación de impacto ambiental” (Art. 64, 65 Ley 19300). Las deficiencias del sistema de fiscalización son reconocidas en el informe de evaluación del período 1990-2004 efectuado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *Evaluaciones del desempeño ambiental de la OCDE-Chile*, 2005, p. 143 s., disponible en: http://www.direcon.cl/documentos/OCDE/OCDE_EVALUACION_MEDIOAMBIENTAL.pdf.

⁷ Para una (pesimista) visión de la situación del derecho medioambiental norteamericano, Lazarus, Richard L.: “Congressional Descent: The Demise of Deliberative Democracy in Environmental Law”, 2006. El caso alemán también es elocuente. El establecimiento de la 18ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 1º de julio de 1980, que introdujo los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal alemán, se explica entre otras razones como compensación de la incapacidad del Gobierno y el Parlamento alemanes para codificar la legislación ambiental —administrativa y penal— en un solo cuerpo sistemático de normas. Las disposiciones del Código Penal fueron reformadas por la 31ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 1 de noviembre de 1994; el proyecto de código del medio ambiente, en cambio, sigue sin realización (Steindorf, *op. cit. supra*, nota 3, p. 20). Para una crítica radical del derecho penal medioambiental alemán, basada en esta consideración, Jens Müller-Tuckfeld, Christian: “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente”, 2000, p. 507 s.

flexión de los especialistas en derecho ambiental, sin embargo, parece demostrar lo contrario: independientemente de los éxitos logrados desde 1994 —que parecen concentrarse en la capacidad de absorción de proyectos por el sistema de evaluación de impacto ambiental—, si en algo coincide la mayoría de ellos es en el agotamiento y relativa inadecuación actual del modelo de coordinación y superposición ensayado por la Ley 19300, y en la necesidad de avanzar a un nuevo diseño institucional⁸. La pregunta de si ese nuevo diseño seguirá el modelo de la primera generación del derecho medioambiental o incorporará fórmulas de segunda o tercera generación, es una cuestión abierta. Mientras esas preguntas no encuentren respuesta satisfactoria en la legislación general sobre el medio ambiente, parece bastante obvio que no ha llegado aún la hora del derecho penal.

2. El bien jurídico protegido y el modo de ataque relevante en el derecho penal del medio ambiente

Parto de la base de que el establecimiento de una ley penal es un hecho institucional particularmente necesitado de legitimación⁹ debido a la inusual intensidad de su carácter potencialmente violador de derechos fun-

⁸ Una muestra representativa se encuentra en las ponencias del seminario organizado por Expansiva sobre institucionalidad medioambiental el año 2006: Asenjo, Rafael: “Institucionalidad Pública y Gestión Ambiental en Chile”, 2006; Kausel, Teodoro: “Casos Emblemáticos para la Institucionalidad Ambiental Chilena”, 2006; Larraín, Sara: “Desafíos Ambientales del Desarrollo Nacional. Evaluación Desempeño 1997-2006 y Propuesta Institucional”, 2006; Vergara, Javier: “Criterios a Tener en Cuenta para la Discusión de una Política y una Institucionalidad Ambiental en Chile”, 2006; Lavín, Julio: “El SEIA: Visión Crítica a 10 Años de su Vigencia, Expansiva”, 2006; López, Ganni: “Propuesta de una Nueva Institucionalidad para la Fiscalización Ambiental de la Industria”, 2006; Figueroa, Eugenio, y Domique Hervé: “Evaluación del Marco Institucional y de la Gestión Ambiental en Chile”, 2006. Parcialmente en contra, sosteniendo que las deficiencias del sistema ambiental no obedecen a defectos de regulación, Dinamarca, Jaime: “Contaminación en Chile: ¿Fallas de la Institucionalidad o Problemas de Gestión?”, 2006. La crítica al diseño institucional de la Ley 19300 se encuentra también en propuestas recientes de reforma regulativa: Barton, Jonathan, Francisca Reyes, Priscilla Álamos, Sergio Galilea y Manuel J. Prieto, “El Nuevo Diseño de la Institucionalidad Ambiental en Chile”, 2007, pp. 137-178; FerradaNehme: “Informe sobre Institucionalidad Ambiental”, 2007 (disponible en: http://www.conama.cl/especiales/1305/articles40867_infoInstitucionalidadFN.pdf).

⁹ Por “legitimación” entiendo la satisfacción de una exigencia de justificación racional que no es posible lograr exclusivamente en base a razones institucionales. Para la legislación de una democracia constitucional esta exigencia parece doblemente superflua. Por una parte esa legislación se encuentra *prima facie* legitimada atendiendo a su forma, por la congruencia que existe entre los procedimientos democráticos y la idea procedimental de justicia (es decir, las razones institucionales tienen un peso moral sustantivo), y por otra parte esa legislación puede ser siempre impugnada atendiendo a su contenido,

damentales. Esto, por tres razones: (a) por su carácter de norma sancionatoria y de norma de comportamiento, (b) por el sentido condenatorio de su aplicación judicial, y (c) por las medidas coercitivas del proceso penal que indirectamente autoriza.

(a) La ejecución de una pena es una acción coercitiva (o una serie de múltiples acciones coercitivas) que afecta intereses humanos correlativos a derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria, la vida privada, la intimidad, la propiedad o la libertad general de acción. Esa acción (o esa serie de acciones) se justifica institucionalmente por remisión a la parte dispositiva de una sentencia condenatoria. Esta segunda acción es un acto de habla que se justifica institucionalmente en la parte considerativa de la misma sentencia, como acto de aplicación de la ley penal. Si ambas justificaciones satisfacen sus presupuestos institucionales específicos, en la legitimidad de la ley penal se encuentra una condición de la legitimación de acciones que de otro modo serían intolerables en un orden político comprometido con la vigencia de los derechos fundamentales. Conforme a su sentido proposicional la ley penal sólo ordena la imposición y ejecución de una pena (por lo que, en conjunción con reglas de adjudicación, autoriza para hacerlo). No obstante, por diversas razones tanto los individuos que se pueden ver afectados con su aplicación como los funcionarios estatales encargados de esa aplicación reconstruyen el sentido de la ley penal, y la comprenden también como una norma de comportamiento que prohíbe o

bajo la prohibición de arbitrariedad que se deriva del principio de igualdad ante la ley (es decir, las razones institucionales no inmunizan a la legislación de este examen de legitimidad). La necesidad de legitimación a que aludo se despliega sobre este horizonte de referencia: ambas consideraciones resultan insuficientes cuando la legislación afecta deliberadamente un interés humano correlativo a un derecho fundamental. Dependiendo de la teoría de los derechos fundamentales que se postule como interpretación correcta del orden constitucional, la tesis puede entenderse bajo una distinción binaria (hay o no hay necesidad adicional de legitimación) o de tránsito fluido entre sus casos paradigmáticos opuestos (hay siempre mayor o menor necesidad adicional de legitimación). Si se postula la calidad de derecho fundamental de la libertad general de acción y se admite la distinción entre posición *prima facie* protegida y posición definitivamente protegida por un derecho fundamental, entonces toda ley —y no sólo las leyes penales— está sujeta a legitimación adicional en el sentido indicado, en mayor o menor medida. Si se opta por las tesis básicas opuestas, entonces son las leyes que imponen penas privativas de libertad, y particularmente, las que las imponen en un grado no susceptible de sustitución por una medida restrictiva de libertad, las que constituyen el caso necesitado de legitimación. Para la idea de la legitimación procedimental del Estado de derecho, Habermas, Jürgen: “Acerca de la Lógica de los Problemas de Legitimación” (1975) 1986, p. 117; el mismo: “¿Cómo es Posible la Legitimidad por Vía de Legalidad?”, 1991, p. 131. Para la distinción entre una y otra concepción de los derechos fundamentales, Borowsky, Martin: “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, 2000, p. 29 s.

manda la acción cuya realización u omisión acarrea como consecuencia debida la pena. En tanto norma de comportamiento, la ley penal necesita además legitimación por la restricción de libertad que necesariamente conlleva su observancia, o por la restricción del ejercicio o goce de otro derecho fundamental que eventualmente conlleve su observancia (dependiendo del contenido de la ley, por ejemplo: la vida privada, la libertad de expresión, de trabajo o de actividad económica)¹⁰.

(b) La imposición judicial de la pena establecida en la ley penal es la consecuencia institucional de la condena del acusado por el tribunal. La condena admite ser entendida como un acto de habla institucionalmente diferenciado que tiene el sentido de un reproche público por la infracción de una norma. Ese reproche afecta diversos intereses humanos, por lo general comprendidos en el “derecho a la personalidad”: la vida privada, la intimidad, la propia imagen, el honor en el sentido de la consideración social¹¹.

¹⁰ Desde un punto de vista estrictamente utilitarista, la ley penal debe ser reconstruida no como norma de comportamiento sino como coacción mediante amenaza. Esto tiene como ventaja que hace evidente en un nivel fáctico de referencia el modo como la ley penal afecta la libertad general de acción (o el eventual ejercicio o goce de otro derecho), y que respeta en el plano teórico y práctico la posición del disidente moral. Tiene sin embargo la desventaja de hacer invisibles las diversas manifestaciones de la dimensión de sentido de las acciones de seguir e infringir una regla. Además, impide advertir la doble distribución de autonomía implicada en una ley penal. Toda norma de comportamiento introduce una primera distribución de libertad, suprimiendo la libertad respecto de algunas acciones a favor (indirectamente) de la libre realización de otras acciones. Toda norma punitiva introduce una segunda distribución de libertad, ordenando suprimir (directa o indirectamente) un margen de libertad del infractor de la norma de comportamiento. Por diversas razones es correcto considerar a la finalidad de la norma de comportamiento como finalidad propia de la norma punitiva (sobre esto se volverá más adelante, en la nota 23). No obstante, por diversas razones también es conveniente efectuar la distinción. Por ahora, basta con observar que no hay simetría entre la afirmación y la negación de la legitimidad de la norma punitiva por inferencia a partir de la evaluación de la norma de comportamiento: de la ilegitimidad de una norma de comportamiento se deduce la ilegitimidad de la norma punitiva correlativa, pero de la legitimidad de una norma de comportamiento no se deduce la legitimidad de la norma punitiva correlativa.

¹¹ La idea de que el reproche por la infracción de la norma es el sentido constitutivo de la condena es característica de la justificación retribucionista de la práctica punitiva (al respecto, Mañalich, Juan Pablo: “La Pena como Retribución”, 2007, p. 117 s.). No es necesario, sin embargo, compartir ese punto de vista para reconocer la específica potencialidad lesiva del derecho general de la personalidad que reviste la condena. Basta con la constatación de que en el contexto social la condena produce ese efecto, lo que es enteramente compatible con una justificación utilitarista de la pena, para que sea relevante esa dimensión de sentido en su caracterización como acto estatal de afectación de derechos fundamentales. Dicho en los términos de la teoría de los de habla, en su versión por Jürgen Habermas, para admitir que la condena es una fuente específica de peligro para los derechos fundamentales no se necesita sostener que en su sentido ilocucionario ella constituye un reproche; basta con advertir que los efectos lesivos de los diversos aspectos del derecho de la personalidad corresponden lo que usualmente es su sentido perlocucionario.

