

# No hay mal que dure cien años salvo el “mal” del art. 34 Inc. 3 del código penal

Una reflexión sobre la autoridad del Código Penal argentino en su centenario

*There is not harm that lasts a hundred years old except the “harm” of art. 34 Inc. 3 penal code*

*A reflection on the authority of the Argentine Penal Code in its centenary*

HERNÁN D. GRBAVAC<sup>1</sup>

## RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre la relación entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral. Con el ejemplo del estado de necesidad justificante y su regulación en el Código Penal argentino, se analiza la nota distintiva de todo derecho: su pretensión de autoridad, esto es, ofrecer razones para la acción cuya validez no esté sujeta a otras razones.

**Palabras claves:** Autoridad del derecho - Estado de Necesidad Justificante - Derecho Penal - Interpretación del Derecho.

## ABSTRACT

This paper reflects on the relationship between legal reasoning and moral reasoning. With the example of the necessity as permission and its regulation in the Argentine Penal Code, the distinctive note of all law is analyzed: its claim to authority, that is, to offer reasons for the action whose validity is not subject to other reasons.

**Keywords:** Authority of Law - Necessity as Permission - Criminal Law - Interpretation of Law.

<sup>1</sup> Becario Postdoctoral del CONICET, Departamento de Derecho Positivo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Ciudad de Corrientes, República Argentina. Correo electrónico: hernanrbavac@hotmail.com

## 1. Introducción

“Prefiero ir preso antes de que se muera” (Diario Digital Nueva Rioja, 2021), declaró Gastón Sosa quien, en la ciudad de Garupá, provincia argentina de Misiones, ingresó sin autorización a la propiedad de su vecino y se apoderó de su perro. Sosa explicó su conducta a partir del estado de salud del animal. En una red social, “denunció los maltratos cotidianos que sufría el cachorro de pitbull americano, llamado Kaiser, de aproximadamente un año, que no era alimentado ni atendido con regularidad”, lo que fue la causa de que “[e]l perrito est[é] flaco, est[é] duro, no tiene ni color la encía [...] no sé para qu[é] quiere un perro si lo tiene así”. Sosa recordó, además, que “en varias ocasiones” intentó infructuosamente convencer “al dueño del animal que se lo entregue para darle calidad de vida” y evitar, de ese modo, que el animal se “mu[era] de hambre”. Tras rescatar al perro, Sosa declaró: “[l]a Policía vino a mi casa con el veterinario de la fuerza y me dijeron que yo estoy en falta por lo que hice. Y les dije que no tenía problema, que si tengo que ir preso voy, igual voy a estar contento porque el perro va a estar más que bien”. En diálogo con el portal periodístico *Misiones online*, Sosa recordó que “ante el frustrado intento de solicitarle al responsable de la propiedad que le diera el animal que se encontraba amarrado en un patio y con evidentes señales de deterioro”, unos días antes de apoderarse del perro, “decidió publicar un video [en una red social] con las imágenes del can advirtiéndole que se llevaría al animal ‘*sin importar las consecuencias*’ para mejorar su calidad de vida” (Diario Digital Misiones *online*, 2021).

La noticia no da cuenta del medio empleado por Sosa para llevarse consigo al animal, esto es, si su conducta ha implicado el uso de “fuerza en las cosas”, lo que calificaría el hecho como un robo (art. 164, Cód. Penal), o, en caso contrario, como un hurto (art. 162, Cód. Penal). En este último caso -y solo en este último caso-, en función de la subsidiariedad expresa contenida en el art. 150, Cód. Penal, Sosa habría incurrido, además, en una violación de domicilio (art. 150, Cód. Penal). Tampoco se informa el modo utilizado por Sosa para ingresar o salir de la propiedad, lo que podría calificar el hurto o el robo en la medida en que haya sido cometido “con escalamiento” (arts. 163 inc. 4 y 167 inc. 4, Cód. Penal, respectivamente). Sea cual sea la calificación jurídica del hecho, lo cierto es que la conducta de Sosa se explica ante la indignación moral que le causaba el sufrimiento del animal. No se trata de una conducta motivada en la creencia de que el derecho argentino reconoce una defensa válida para cometer algunos de esos hechos *prima facie* penados por la ley. No estoy afirmando que el derecho no reconoce una defensa en estos casos y este artículo tendrá como uno de sus objetivos examinar una de esas posibles defensas. Sin embargo, lo que quiero dejar en claro es que Sosa no actuó creyendo que su conducta no era punible: “[p]refero ir preso antes de que se muera” o “[me llevaré el animal] ‘*sin importar las consecuencias*’ para mejorar su calidad de vida”, reflejan esa circunstancia.

Lo que me interesa analizar en el presente artículo es si la conducta de Sosa puede estar justificada por necesidad (art. 34 inc. 3, Cód. Penal). De otro modo, determinar si el “mal” cometido por Sosa -los hechos *prima facie* penados, cometidos por Sosa- constituyen (o no) un “mal menor” respecto al “mal evitado” a través del apoderamiento del animal: la continuación de las conductas de maltrato -y, tal vez, de crueldad- de las que era víctima el perro por parte de su vecino, hechos también *prima facie* penados por la ley (cfr. art. 1, art. 2 inc. 1 y art. 3 inc. 7, ley 14.346), y que, en última instancia, podían derivar en la muerte del animal. En esa tarea, procederé del siguiente modo. En primer lugar, me detendré a analizar la nota distintiva de todo derecho, esto es, el hecho de que pretende tener autoridad (lo que supone dar cuenta de los límites entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral). En segundo término, examinaré la defensa por estado de necesidad justificante, tal como se encuentra regulada en el derecho penal argentino. Finalmente, reflexionaré sobre las diferentes soluciones que han sido propuestas o que pueden ser propuestas a partir del texto del art. 34 inc. 3, Cód. Penal, y sobre su compatibilidad con la autoridad del Código Penal argentino.

## 2. La autoridad del derecho

El derecho es un sistema institucional complejo creado por una fuente convencional que pretende tener autoridad y que, por lo tanto, brinda razones para la acción cuya consideración y observancia no está sujeta a otras razones (Raz, 1979, 3-33; Raz, 2013 [2009]; Rolser, 2019). Es decir, el derecho ofrece tanto razones de primer orden o “razones protegidas” para la acción (el hecho de que el derecho determine que debe realizarse  $x$  es una razón determinante para realizar  $x$ ) como “razones excluyentes” o de segundo orden que excluyen la evaluación de otras razones al tiempo de realizar la acción dispuesta por el derecho (Raz, 1979, 3-33; Raz, 2013 [2009]).

La pretensión de autoridad del derecho deriva o bien del reconocimiento de que la autoridad con competencia para sancionar el derecho tiene un conocimiento especializado sobre el tema y, por lo tanto, es razonable, en tales casos, seguir sus razones en detrimento de otras razones, o bien del hecho de que el derecho cumple una insustituible función de coordinación social<sup>2</sup>. En este último caso, no seguimos las razones brindadas por el derecho porque sostenemos que, v. gr., conducir por el carril derecho y no por el izquierdo de una calle es una razón que se deriva de tener un conocimiento técnico específico sobre cuál es el carril por el que se debe conducir sino por el hecho de que, si no siguiéramos esa decisión, el tránsito vehicular sería imposible (véase Raz, 2013 [2009]).

Sostener que el razonamiento jurídico es autoritativo supone, por un lado, afirmar que el razonamiento jurídico es autónomo del razonamiento moral. Por otra parte, ello no implica aseverar que la transformación de un estándar moral en un estándar jurídico cancela la discusión sobre la conveniencia o deseabilidad de la decisión en cuestión. Solamente ahora existe una regla jurídica que ordena, prohíbe o permite cierta acción y ello supone reconocer tanto que “esas nuevas razones son puestas [...] allí para poner fin a la discusión y a la lucha acerca de qué debe hacerse” como el hecho de que “[l]a discusión y la lucha pueden continuar, y de hecho lo hacen. Pero versan acerca de si se puede, y cómo, cambiar el nuevo derecho, y ya no más acerca de si debe adoptarse” (Raz, 2013 [2009], 121). Como recuerda Carl Schmitt, al reflexionar sobre el Leviatán de Hobbes, “las leyes del Estado s[on] independientes de toda verdad y rectitud substancial [...] y [...] su vigencia, como normas imperativas, se deriv[a] exclusivamente de la precisión positiva de la decisión estatal ‘*Auctoritas [...] non Veritas*’” (Schmitt, 2015 [1938], 54). En consecuencia, un rasgo distintivo de las reglas es su “*opacidad*”, esto es, “las reglas son razones [,] aunque no muestren el valor de las acciones para las cuales son razones” y “[su] *opacidad* [...] es un resultado de su *independencia de contenido*, y [...] su independencia de contenido es un aspecto de la *brecha normativa* que las reglas muestran entre lo normativo y lo evaluativo” (Raz, 2013 [2009], 221). Si esas razones, por el contrario, se supeditaran a consideraciones morales o valorativas, entonces el derecho dejaría de tener autoridad y, por tanto, “no tendría mayor sentido apelar a él” (Rosler, 2019, 17). Así, “[t]odas las demás nociones de verdad y de justicia quedan absorbidas en la decisión del mandato de la ley, y llevarlo al plano de la argumentación jurídica equivaldría a suscitar disputas y nueva inseguridad” (Schmitt, 2015 [1938], 55). En otras palabras, “para que el derecho pueda cumplir su función, y por tanto para que sea capaz de gozar de autoridad moral, debe poder ser identificado sin referencia a los asuntos morales que reemplaza” (Raz, 2013 [2009], 127): “[e]l derecho se presenta a sí mismo como un cuerpo de estándares autoritativos y requiere de todos aquellos a quienes se dirige que reconozcan su autoridad” (Raz, 1979, 33). Es decir, “[n]o puede tener éxito como autoridad (o sea, éxito en mejorar nuestra conformidad con la razón) si no reemplaza a las razones de fondo” (Raz, 2013 [2009], 152).

<sup>2</sup> Para un análisis sobre la importancia de seguir “la intención del legislador” cuando se reconoce en la autoridad un conocimiento especializado y cuando se reconoce en ella una función de coordinación social, véase Marmor (2001 [1992], cap. VIII).

Las reglas permiten el acuerdo frente al desacuerdo. Lo hacen permitiendo que un acuerdo en el procedimiento de decisión, a pesar de los desacuerdos sobre las medidas a que dará lugar, o debido al acuerdo sobre las medidas, a pesar del desacuerdo sobre su justificación [...] [L]as reglas son el esqueleto inevitable de cualquier estructura de autoridad, de la cual el derecho es un ejemplo paradigmático (Raz, 2013 [2009], 228).

La “pretensión de autoridad” del derecho explica sus características: “[e]l derecho proviene de una fuente social, la cual tiene que ser identificada sin recurrir al razonamiento moral e indica quién es el autor del derecho”, que al “[ser] institucional, es quien establece la ortodoxia legal que gira alrededor de las reglas” (Rosler, 2019, 58). Esto explica, a su vez, la existencia de “otras instituciones que suelen denominarse judiciales, que tienen el ‘santo oficio’ de velar por la ‘ortodoxia’ jurídica” (Rosler, 2019, 58).

En otros términos, “el formalismo es [...] una característica central de lo que hace especial al derecho” (Schauer, 2013 [2009], 46) y “sigue al derecho como la sombra al cuerpo; intentar eliminarlo sería lo mismo que intentar hacerlo con la sombra a costa del propio cuerpo” (Bobbio, 1965, 34). El formalismo del derecho y su carácter autoritativo traen consigo el hecho de que, en derecho, no sea tan importante determinar cuál es la respuesta correcta sino más bien quién tiene competencia para decidir la disputa. Es decir, “es importante contar con una resolución autoritativa sobre [un] asunto, aun cuando no se suponga que la autoridad tenga un mejor acceso a las razones correctas que se relacionan con el asunto en cuestión” (Marmor, 2001 [1992], 230). Por ejemplo, si se discute si los comercios deben cerrar sus puertas los domingos –a menos que sean atendidos solo por sus dueños–, la discusión no gira sobre la conveniencia de que los empleados tengan que trabajar los domingos, sino sobre el hecho de si esa decisión es competencia de los concejos municipales a través de una ordenanza o del Congreso de la Nación por medio de la ley de contrato de trabajo. Otro ejemplo: cuando se discute la pertinencia de la concesión a un imputado de la suspensión del juicio a prueba, lo que se debe analizar es si, v. gr., la ley ha determinado que ello es competencia del tribunal a cargo del debate o del Juez de Garantías hasta la clausura de la investigación. Es decir, “[e]n derecho, en última instancia [...] la forma es el fondo, por así decirlo” (Rosler, 2019, 182).

### **3. El estado de necesidad justificante en el derecho penal argentino y una aclaración**

El artículo 34 inciso 3 del Código Penal argentino reza: “No son punibles [...] 3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño”. En lo que sigue no me referiré al requisito de la inminencia del mal ni al hecho de que el mal debe ser causado por quien ha sido extraño a su creación. Tampoco me detendré a analizar si el agente debe realizar su conducta conociendo que, con ello, evita un mal mayor e inminente. Por el contrario, me limitaré a reflexionar sobre el significado del término “mal” y cómo es posible comparar o mensurar los males en juego: el mal causado y el mal evitado.

Rodolfo Moreno (h), Presidente de la Comisión Redactora del Código Penal, sancionado en 1921, no aporta demasiado a nuestro tema de reflexión. Recuerda que el origen de esta disposición jurídica se encuentra en el Código Penal de 1886 (Moreno [h], 1922-1923 t 2, 265) y solo agrega:

La disposición contenida en el inciso es bien clara y no requiere mayores explicaciones. El caso se produce, generalmente, cuando tiene lugar un incendio en que, para evitar mayores males a las propiedades vecinas y para impedir la extensión del daño, suele ser necesario causar alguna destrucción (Moreno [h], 1922-1923 t 2, 263).

Por otro lado, el artículo 77, que enumera un conjunto de definiciones técnicas sobre algunas de las expresiones empleadas en el Código Penal, tampoco menciona el término “mal”.

En consecuencia, el término puede ser definido a partir de lo que se entiende por “mal” en el lenguaje convencional y esto último dará cuenta de que, a diferencia de lo que parecería indicar Moreno (h), el art. 34 inc. 3 podría admitir varios significados. El *Diccionario de la Real Academia Española*, v. gr., entre otras acepciones, define “mal” como “[l]o contrario al bien, lo que se aparta de lo lícito y honesto”, como un “[d]año u ofensa que alguien recibe en su persona o hacienda” y como una “[d]esgracia o calamidad”. Estas definiciones permiten dar cuenta de que “mal” puede ser entendido en un sentido jurídico (“lo que se aparta de lo lícito”, lo que constituye “un daño u ofensa” a los derechos de otro) y en un sentido moral (“lo que se aparta de lo [...] honesto, lo que produce un “daño u ofensa” moral). En consecuencia, la expresión puede reconocer tres acepciones: (i) “mal” en un sentido jurídico (de aquí en adelante, MJ), esto es, una conducta cuya realización se encuentra *prima facie* sancionada por el derecho<sup>3</sup>; (ii) “mal” como aquello que afecta la moral positiva (de aquí en adelante, MMP), es decir, una conducta que es considerada, por una sociedad determinada, contraria a los juicios morales predominantes en esa sociedad; (iii) “mal” como aquello que es contrario a la moral ideal (de aquí en adelante, MMI), esto es, una conducta contraria a la moral que -se considera- debería regir en una sociedad determinada con independencia de que ello se corresponda (o no) con la moral positiva o vigente.

Antes de detenerme en cada una de estas acepciones, una aclaración. Cada uno de estos significados tienen que ver con el significado del “mal mayor a evitar” y no con el “mal menor” que ha sido causado, puesto que para justificar penalmente un hecho *prima facie* penado por la ley, se debe cometer previamente un hecho *prima facie* penado por la ley. De otro modo, el “mal menor”, lógicamente, supone la comisión de un tipo penal. Por tanto, la discusión se centra en determinar si el “mal mayor a evitar” solo es un mal jurídico o si, además del mal jurídico, comprende también un mal en el sentido de la moral positiva o de la moral ideal.

### 3. 1. El “mal” jurídico (MJ)

El MJ sostiene que el mal evitado solo es un mal que una disposición jurídica ha calificado como un ilícito sujeto a una determinada sanción. Esta concepción afirma que la calificación de la conducta como un “mal” y su grado de reproche están determinados *exclusivamente* por el derecho. Un ejemplo: está justificado cometer un daño evitando con ello un homicidio porque “el mal” de dañar la propiedad ajena se encuentra previsto en el art. 183, Cód. Penal y sujeto a una sanción *vis a vis* de menor gravedad que el “mal” que consiste en causar la muerte en el art. 79, Cód. Penal. Otro ejemplo: no está justificado cometer un acto de tortura -contra un detenido- para evitar un homicidio, porque el art. 144 ter y el art. 79 del Cód. Penal sancionan de igual modo la tortura y el homicidio doloso. O, en el caso que motiva este trabajo: no está justificada la conducta de Gastón Sosa porque los hechos típicos por él cometidos (un hurto y una violación de domicilio<sup>4</sup>) son más graves -tienen una pena mínima y máxima mayor- que el delito por él evitado -el delito de maltrato animal<sup>5</sup>, cuya pena mínima y máxima es menos grave-. Sebastián Soler (1963 t 1), v. gr., afirma que “la expresión *mal mayor* no solamente abarca derechos subjetivos, sino también facultades o deberes privados o públicos o, en general, un bien cuya lesión constituya una pérdida jurídica” (380). En tanto, respecto a la medición de los bienes, entiende que “está en primer lugar la

<sup>3</sup> Sobre la ambigüedad del término delito, véase Nino (2008, 187-204).

<sup>4</sup> A los fines del ejemplo, voy a presumir que el apoderamiento del animal no constituyó otra conducta encuadrable en un tipo penal más grave.

<sup>5</sup> A los fines del ejemplo, voy a dar por sentado que la conducta del dueño del animal constituyó un único hecho de maltrato a los fines de la ley 14.346.

valoración que importa la ley penal misma cuando, al clasificar los distintos bienes jurídicos, sanciona con diversas escalas penales su violación” y en los casos en que “ese procedimiento [...] no fuera concluyente deberá recurrirse a la interpretación sistemática” (Soler, 1963 t 1, 376). Asimismo,

debemos rechazar una vez más el criterio de ilimitación a que conduce el punto de vista de Mezger, para el cual, en la valoración de bienes, es decisiva la norma de cultura [...] con lo que se va a parar a un estado de necesidad suprallegal, cuyo contenido se pierde en vagas consideraciones sociológicas (Soler, 1963 t 1, 376).

Sin embargo, la esperanza de Soler en la dogmática jurídica para resolver todos los casos planteados por intermedio de lo que denomina la “inducción jurídica” y la sistematización de los principios generales (Soler, 1962, 171-187) es infundada. La afirmación de que el derecho es un orden coherente, no-contradictorio y libre de vaguedades e indeterminaciones no es sino un recurso valorativo que termina adecuando el derecho vigente a las pretensiones del intérprete (Nino, 2011 [1974]).

La tesis MJ no considera que el derecho y la moral nada tienen en común. Por el contrario, todo derecho, como pretende tener autoridad, tiene la pretensión de ser legítimo -la aplicación cotidiana de sus disposiciones por funcionarios judiciales y administrativos es una prueba de ello- y, por tanto, de adoptar jurídicamente el punto de vista moral que se considera correcto o bueno, aunque, de hecho, no sea así (Raz, 2013 [2009]). De otro modo, el derecho ha receptado un punto de vista moral determinado que se ha, por así decir, “juridificado” y, por tanto, transformado en autoritativo.

### 3. 2. El “mal” contrario a la moral ideal (MMI)

MMI, por el contrario, considera que el mal evitado no solo es aquel que ha sido catalogado como ilícito por el derecho sino también aquello que según una teoría moral determinada puede ser considerado incorrecto o “malo”. Si, v. gr., se analizaran los tipos de males en cuestión a partir de una ética kantiana, la tortura cometida para evitar un homicidio nunca estaría justificada porque, con ello, no se evitaría un “mal mayor”. Esto último sería independiente de que en el sistema jurídico del país de que se trate la tortura estuviera penada con una pena inferior a la prevista para el delito de homicidio doloso. Como se observa, en definitiva, el MMI supedita la validez del MJ a su compatibilidad o adecuación con la teoría moral de que se trate.

Una concepción de este tipo, según entiendo, es defendida, v. gr., por Carlos Nino, quien ilustra su posición a partir del siguiente ejemplo:

supongamos que ante la inminente muerte por insuficiencia renal de una persona y la no disponibilidad de dadores voluntarios para el transplante de un riñón que le salvaría la vida (sin afectar substancialmente las perspectivas normales de vida del dador), sus familiares sometieran por la fuerza, o por cualquier otro medio, a la primera persona que encontraran para que se le extrajera uno de sus riñones. Como la vida es objeto de mayor protección jurídica que la integridad corporal y la libertad, debería concluirse, lo que es fantásticamente absurdo, que la conducta en cuestión está justificada (Nino, 2006 [1980], 475).

El derecho no puede violar “el principio kantiano de que los hombres no pueden ser utilizados sólo como medios para fines distintos de ellos mismos” (Nino, 2006 [1980], 476) y, por ello, esa acción no evita un mal “mayor” en los términos del art. 34 inc. 3, Cód. Penal. Para Nino,

Esta dificultad muestra que, no sólo para resolver cómo tratar el estado de necesidad, sino también para establecer la justificabilidad de ciertas acciones particulares y para determinar la admisibilidad de otras supuestas causas de justificación (como el consentimiento del interesado), *es necesario recurrir a una teoría general de los bienes personales* que tenga un alcance mucho más amplio y profundo que la mera provisión de una evaluación comparativa de ellos. *Tal teoría debe necesariamente formar parte de una concepción de filosofía política y moral que provea principios acerca de la titularidad de ciertos bienes y de las condiciones en que los individuos pueden ser privados de ellos* (Nino, 2006 [1980], 476-477. Sin el resaltado, en el original).

Nino clasifica los bienes en cuatro categorías: (i) bienes respecto de los que su titular no puede ser privado, aun con su consentimiento; (ii) bienes de los que su titular solo puede ser privado con su consentimiento; (iii) bienes de los que su titular puede ser privado aun sin su consentimiento pero a condición de que sea indemnizado (el caso de la propiedad); (iv) bienes de los que su titular puede ser privado aun sin su consentimiento y sin indemnización (se trataría de casos en los que el sujeto tiene solo una posesión precaria). Nino entiende así que solo los bienes indicados en (iii) y (iv) pueden ser sacrificados en el marco de un estado de necesidad justificante (2006 [1980], 477-480).

Un criterio similar es defendido por Zaffaroni, Alagia y Slokar. Luego de recordar que “no sería posible extraer por la fuerza un riñón para salvar la vida de un familiar, ante su inminente muerte por insuficiencia renal y la no disponibilidad de dadores voluntarios” (2014, 633-634), también consideran que “[l]a solución” al problema de la magnitud de los bienes que están en juego “se ha ensayado mediante una *teoría general de los bienes personales*” (2014, 634. Sin el resaltado, en el original). Para ello, también defienden una división de los bienes en cuatro categorías y consideran que los casos de justificación por necesidad solo son posibles cuando se sacrifican los bienes de las tercera y cuarta categoría<sup>6</sup> (Zaffaroni *et al.*, 2014, 634): “Conforme este criterio, tampoco podría invocarse la necesidad justificante si, en lugar de un riñón, se tratase de una extracción forzosa de sangre, lo que se funda en que la dignidad humana y la autonomía de la persona son imponderables” (Zaffaroni *et al.*, 2014, 634).

Entiendo que Claus Roxin también es un partidario de esta tesis cuando analiza los distintos parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de formular el juicio sobre la magnitud de los bienes en juego (v. gr., la comparación de los marcos penales, la diferencia de valor de los bienes jurídicos, la intensidad de la lesión del bien jurídico, la imposibilidad de ponderar la vida, el principio de autonomía amenazado en los casos de estado de necesidad agresivo, las soluciones previstas en algunas regulaciones legales, los casos en que el peligro se origine en la conducta de quien es objeto de la acción de necesidad) (1997 [1994] t 1, 682-714). Sostiene que no es necesario que el bien que la acción necesaria intenta salvar sea un bien jurídicamente protegido (Roxin, 1997 [1994] t 1, 675) y que, si se trata de bienes con reconocimiento jurídico-penal,

La comparación de los marcos penales deberá complementarse con las reglas generales sobre la *proporción valorativa* de los bienes jurídicos, que se pueden formular en tres proposiciones: los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y de la integridad fundamenta

<sup>6</sup> Las cuatro categorías de bienes defendidas por Zaffaroni *et al* son iguales a las categorías de Nino -que he recordado antes-. Sin embargo, existen diferencias sobre algunos bienes que integran cada categoría. Así como Nino entendía que la libertad individual era un bien propio de la categoría (ii), Zaffaroni *et al* entienden que la libertad no solo forma parte de la categoría (ii): también “la libertad en alguna medida -detención-” es un bien que forma parte de la categoría (iii) (2014, 634).

un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales (Roxin, 1997 [1994] t 1, 684. Sin el resaltado, en el original).

Sin embargo, “estas reglas no rigen sin excepciones” (Roxin, 1997 [1994] t 1, 685). La justificación de los hechos penalmente típicos debe explicarse a partir del modo en que el ordenamiento jurídico resuelve el conflicto “[con] un número limitado de principios ordenadores materiales, que, combinados, diferentemente, determinan el contenido de las causas de justificación y cuyo juego en el caso concreto fija el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta” (2006 [1972], 77-78). En definitiva, “se trata siempre de la regulación, *socialmente justa*, de intereses contradictorios” (Roxin, 2006 [1972], 59. Sin el resaltado, en el original).

Para esta tesis, la conducta de Gastón Sosa podría ser considerada un caso de estado de necesidad justificante *si y solo si* se puede argumentar que, desde el punto de vista de la moral ideal, la vida y el bienestar de los animales domésticos tiene un mayor valor que el reconocimiento del ejercicio de la propiedad por parte de los dueños sobre esos animales.

### 3. 3. El “mal” contrario a la moral positiva (MMP)

Finalmente, MMP, a diferencia de MMI, no vuelve al razonamiento jurídico parasitario del razonamiento moral sino, solamente, entiende que, *junto* al MJ, la disposición del art. 34 inc. 3, Cód. Penal *reconoce también* aquello que contradice los estándares morales mayormente vigentes en una sociedad en un tiempo determinado. De otro modo, MMP entiende que el legislador al utilizar la expresión “mal” -y no una expresión como delito o ilícito- ha abierto la puerta a la moral vigente en esa sociedad. Es decir, así como, v. gr., el art. 958, Cód. Civil y Comercial argentino dispone que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, *la moral y las buenas costumbres*”<sup>7</sup> y el art. 1014, Cód. Civil y Comercial deja sentado que “el contrato es nulo cuando: a) su causa es *contraria a la moral*, al orden público o *las buenas costumbres* [...]”<sup>8</sup>, el art. 34 inc. 3, Cód. Penal, en igual sentido, estaría supeditando la legalidad de un acto típico -la legalidad de un acto *prima facie* penado por la ley- a que constituya un medio para la evitación de un mal que se considera de mayor magnitud según la moral positiva.

Este reenvío a la moral positiva por parte del derecho tiene otros ejemplos en derecho penal. Citaré dos casos. Uno de ellos es la imprudencia o negligencia no reglada (v. gr., arts. 84 y 94, Cód. Penal): cuando el deber objetivo de cuidado es aplicable a una actividad cuya realización no se encuentra determinada jurídicamente, el juicio sobre si la ejecución de la conducta es (o no) imprudente o negligente termina sujeta a los estándares morales que, sobre el caso, se encuentran vigentes en la comunidad. El segundo ejemplo es el art. 129, Cód. Penal, que castiga a quien realizare “actos de exhibiciones obscenas”. Más allá de la vaguedad de la que adolece el término “obsceno”,

no existe obstáculo constitucional alguno para que [...] cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural (*Mussotto y Huesca*, 1987, CSJN, Fallos: 310-I: 1909, consid. 6°).

<sup>7</sup> El resaltado me pertenece.

<sup>8</sup> El resaltado me pertenece.



El único límite se encuentra, en tales casos, “en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación” (*Mussotto y Huesca*, 1987, CSJN, Fallos: 310-I: 1909, consid. 7°). En definitiva, aun cuando el término “obsceno” está atravesado de vaguedad, su significado puede ser construido -salvo en los casos dudosos- a partir de su correspondencia con la moral sexual dominante en un tiempo y lugar determinado.

Obsérvese que MMP solo en algunas ocasiones se solapa con MMI. Por ejemplo, una sociedad puede entender la reducción a servidumbre o esclavitud como un hecho justificado si, con ello, se evitan estados de cosas considerados socialmente más nocivos por esa misma sociedad. En este último caso MMP, pero no MMI, justificará el estado de servidumbre. En definitiva, MMP entiende que una conducta, que de otro modo sería delictiva, podrá justificarse si constituye un medio para evitar un mal de mayor gravedad según la moral positiva y, ello, con independencia del tratamiento que este mal haya recibido por una disposición jurídica específica.

He recordado el rechazo de Soler a la incorporación de criterios no jurídicos como parámetros para determinar la magnitud de los males. Sin embargo, al tiempo de justificar por qué el caso del homicidio de un náufrago cometido por otro náufrago en el marco de una disputa por la tabla que solo puede salvar la vida de uno de ellos, debe ser un caso de justificación y no de exculpación, termina desliziándose hacia la posición que rechaza:

La comparación de dos bienes como dos vidas sólo objetivamente desde el punto de vista de un tercero, puede significar una igualdad. Pero no es ése el punto de vista correcto, sino el subjetivo. Y bajo este aspecto *es tan evidente* que la vida propia es un bien mayor –el sumo bien del hombre- que al que sabe inmolarla para salvar a otro *lo honramos* como héroe (Soler, 1963 t 1, 383. Sin el resaltado, en el original).

De esa manera, pese a que el mal evitado y el mal causado constituyen penalmente un mal de igual magnitud (art 79, Cód. Penal), socialmente se considera un bien mayor el intento de supervivencia o la protección de la *propia* vida en detrimento de la vida ajena y, por eso, la muerte causada se encuentra justificada.

Para MMP, la conducta de Sosa -al constituir un hecho típico penado más severamente *vis a vis* con el hecho típico evitado- solo puede estar justificada en tanto y en cuanto pueda afirmarse que, para la mayor parte de la sociedad argentina, actualmente, la vida y la salud de animales como los perros son un valor altamente considerado, al punto de no considerar a los perros exclusivamente como cosas. Un partidario de esta tesis sostendría que, con independencia de que los animales sigan siendo considerados como tales bajo el Código Civil y Comercial (arts. 1757, 1759 y 1949 b iii), el propio derecho argentino -acompañando a la moral positiva- pretende evitar el sufrimiento de esos animales y no solo a través de la ley 14346. En este marco, podría dar cuenta de la ley 27.330, que prohíbe y criminaliza las carreras de perros en todo el país, y el decreto n° 1.088/11 del Poder Ejecutivo Nacional por medio del cual se crea el Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros y Gatos. Esta última disposición, tras recordar la evolución de las normas protectoras de los animales, dispone, en sus considerandos y en su art. 2, “[q]ue el Programa tendrá como objetivo principal favorecer y fomentar la tenencia responsable de perros y gatos, tendiendo al mejoramiento del estado sanitario y al bienestar de los mismos [...]”. Obsérvese que la apelación a estas normas se efectúa, para MMP, como ejemplo de la preocupación social, hoy existente, respecto al bienestar de estos animales. Más aún, MMP apelaría a la evolución social operada sobre el uso de fuegos artificiales con motivos de diferentes fiestas sociales. Hace unas décadas, no existía, v. gr., el grado de conciencia que existe hoy respecto al hecho de que los fuegos artificiales son muy

dañinos para los perros. Actualmente, se ha reducido el uso de pirotecnia y ello, podría decirse, obedece al mayor grado de conciencia social respecto del sufrimiento de estos animales.

### 3. 4. ¿Legítima defensa de terceros?

Alcanzado este punto, el lector podría preguntarse por qué no apelar a una causa de justificación, como la legítima defensa, que no exige necesariamente que el mal evitado sea mayor al producido sino que solo<sup>9</sup> requiere “la necesidad racional del medio empleado” en la defensa (art. 34 inc. 6 b, Cód. Penal). Esta es la solución que propone, v. gr., Nadia Espina (2020), al tiempo de comentar un caso judicial sucedido en Alemania<sup>10</sup>.

Espina sostiene al respecto que una concepción no antropocéntrica del derecho comprometida con el reconocimiento de derechos a los animales trae aparejada la consecuencia de reconocer la posibilidad de ejercer una acción de legítima defensa en beneficio de estos últimos (art. 34 inc. 7, Cód. Penal). En este marco, entiende que la expresión “otro” en el enunciado “[e]l que obrare en la persona o derechos de otro” del art. 34 inc. 7, Cód. Penal, al tiempo de regular la legítima defensa de terceros, comprende no solo a las personas humanas sino también a los animales. Por otro lado, considera que el hecho de que el art. 1 de la ley 14.346 disponga que un animal puede ser “víctima” de actos de maltrato o de crueldad, supone el reconocimiento del animal como un “otro”, esto es, como un sujeto de derechos. Espina afirma que su interpretación es una consecuencia, además, de reconocer que el bien jurídico afectado por los delitos enumerados en la ley 14.346 es el bienestar del animal no-humano. Finalmente, la autora cita a su favor la evolución que se estaría operando, a nivel doctrinario y jurisprudencial, respecto al reconocimiento de los derechos de los animales.

Entiendo que Espina está equivocada y que el derecho penal argentino no reconoce la legítima defensa en favor de los animales. Ello no supone desconocer que los animales son seres sintientes y que el derecho argentino prohíbe y penaliza actos de maltrato y de crueldad contra ellos. Creo que Espina no tiene razón, en primer lugar, porque del hecho de que en un ordenamiento jurídico se reconozca el derecho *x* no se desprende, necesariamente, que ese ordenamiento jurídico reconozca que terceros puedan hacer uso del instituto de la legítima defensa para defender ese derecho *x*. Esto último depende del modo en que el legislador ha recepcionado este instituto y no del hecho de que se reconozca el derecho *x*. Supongamos que el art. 34 inc. 7, Cód. Penal reconociera solamente la legítima defensa de terceros cuando la agresión ilegítima tuviera como objeto la persona física del agredido. Esto último no implicaría afirmar que el tercero agredido, v. gr., a través de un hurto o un daño, no tiene derecho a la propiedad -en un sentido amplio-, sino solo que quien ejerce una acción de defensa en beneficio de otro solo se verá justificado por legítima defensa si esa acción protege la integridad física de este último. Es decir, la extensión y los límites de la legítima defensa dependen del modo en que el legislador ha regulado este instituto (en este caso, cuál es la extensión del término “otro” en el art. 34 inc. 7, Cód. Penal) y no de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce.

<sup>9</sup> No desconozco que la legítima defensa también supone una “agresión ilegítima” y la “falta de provocación suficiente por parte del que se defiende” (art. 34 inc. 6 a y c, Cód. Penal). Sin embargo, la legítima defensa autoriza la producción de un mal que no necesariamente debe ser menor que el que ha sido evitado por la acción de defensa. A esto me refiero, cuando afirmo que la legítima defensa, en este punto, solo requiere “la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla [a la agresión ilegítima]” (art. 34 inc. 6 b, Cód. Penal).

<sup>10</sup> Se trató de un caso en el que un grupo de activistas por los derechos de los animales ingresó sin autorización a una granja a fin de recolectar pruebas sobre el estado de los animales que allí se encontraban para, con esas pruebas, presentar una denuncia ante las autoridades administrativas y penales. Después que el caso se resolviera como un supuesto de legítima defensa, el Tribunal Regional Superior de Naumburgo recalificó el hecho como un supuesto de estado de necesidad justificante, aun cuando no descartó la posibilidad de que hechos similares puedan ser considerados casos de legítima defensa. Véase al respecto, Espina (2020).

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, Espina omite considerar el estatus jurídico del animal en el derecho argentino. En este marco, es sorprendente que no se detenga en considerar que para la ley civil y comercial el animal es una “cosa” (arts. 1757, 1759 y 1949 b iii, Cód. Civil y Comercial, vigente desde 2015). Ser reconocido como un “otro” (art. 34 inc. 7, Cód. Penal) es parasitario del reconocimiento de la calidad de persona por el derecho, y concebir jurídicamente a los animales como cosas es incompatible con considerarlos jurídicamente como “personas no-humanas”. La regulación civil es, entiendo, deficiente, particularmente en comparación con otras disposiciones jurídicas preocupadas por el bienestar de los perros. Sin embargo, si se pretende -como hace Espina- incluir en la expresión “otro” a quienes aún no han sido reconocidos como “personas no-humanas”, no se puede sin más no decir nada acerca de cómo el tema se encuentra tratado en la legislación civil y comercial.

En tercer término, Espina incurre en una confusión lingüística al entender que el reconocimiento de los animales como “víctima[s]” en la ley 14346 supone necesariamente su reconocimiento como sujetos de derechos. Yo puedo afirmar que un jarrón ha sido “víctima” de mi ira y no por ello estoy reconociendo a los jarrones como sujetos de derechos. De igual modo, puede afirmarse que el perro es víctima de la acción de  $x$  sin que ello suponga, necesariamente, reconocer que el animal es un sujeto de derecho.

En cuarto lugar, la apelación al expediente del bien jurídico tampoco es determinante y ello porque, como supo puntualizar Nino (2011 [1974]), 65-98), se trata de uno de los recursos por excelencia empleados por la dogmática penal para subvertir subrepticamente el contenido del derecho. El trabajo de Espina es un ejemplo de esto último: como la ley 14346 reconocería como bien jurídico al animal no-humano (y no, v. gr., a los sentimientos humanos de piedad afectados por los actos de maltrato y crueldad contra un animal), de ello se derivaría que el animal es un sujeto de derecho y, como es un sujeto de derecho, entonces es un “otro” que puede ser defendido legítimamente por un tercero. Obsérvese que, en última instancia, la postura de Espina llevaría a considerar que, como el animal es un “otro”, entonces podría considerarse que el art. 84, Cód. Penal, al prohibir la muerte de “otro” por imprudencia o negligencia, estaría incluyendo tanto a las personas físicas como a las personas no-humanas. Considerar como potenciales víctimas de homicidio culposo a los animales sería un ejemplo de un *mayor* reconocimiento de estos últimos como titulares de derechos *vis a vis* con una interpretación que considere que tales actos son constitutivos del delito de daño (art. 183, Cód. Penal). En consecuencia, Espina no se encarga de precisar los posibles diferentes significados que tendría la expresión “otro”, según la sección del Cód. Penal en la que se encuentre inserta, más aún si se repara en que el delito de daño supone, entre otras cosas, la destrucción o daño de “un animal”.

Finalmente, la referencia de Espina a la evolución operada a nivel doctrinario olvida que “[s]in la autoridad de la república, la autoridad de los escritores no hace ley de sus opiniones, por muy verdaderas que sean” (Hobbes, 2003 [1651] t 1, 240-241), y, si bien es cierto que una institución que tiene autoridad -como el Poder Judicial- ha concedido, v. gr., acciones de *habeas corpus* en beneficio de animales, ello no supone convalidar *cualquier* interpretación judicial que amplíe el alcance de la legítima defensa, tal como ha sido reconocida en el Cód. Penal. Probablemente la preocupación que motiva la solución propuesta por Espina, y que puede contemplarse ante el caso, por ella citado, de un agente que no puede dar aviso a la policía y que, por ello, ejerce actos de violencia contra un tercero para evitar que este continúe despellajando a un animal, propiedad de este último. Este ejemplo constituye una razón para discutir la conveniencia de una modificación del régimen legal vigente de la legítima defensa. Sin embargo, el problema del argumento de Espina reside, en definitiva, en que desconoce la autoridad del derecho. Según entiendo, fuerza o estira el significado del texto legal para hacerlo coincidir con lo que ella considera justo o valioso.

#### 4. La justificación por necesidad según la autoridad del derecho penal argentino

MJ es compatible con la autoridad del derecho y lo es porque reemplaza cualquier razón no-jurídica por las razones para la acción brindadas por el derecho.

MMI es incompatible con la autoridad del derecho porque hace depender el razonamiento jurídico del razonamiento valorativo al supeditar la validez de las razones jurídicas para la acción a su adecuación con la moral ideal. Como plantea Carl Schmitt,

En una comunidad cuya Constitución prevé un legislador y leyes es asunto del legislador y de las leyes por él creadas determinar la mediación a través de reglas calculables y ejecutables y evitar el Terror de la ejecución inmediata y automática del valor (Schmitt, 2009 [1979], 146-147).

Schmitt se refiere a los deletéreos efectos que se producen cuando la lógica del valor abandona el plano económico para incorporarse al contexto del Estado y del derecho:

la lógica del valor se distorsiona tan pronto como se abandona su esfera de pertinencia -la de lo económico y la *justitia commutativa*- y transforma y pone en valor aquellas cosas que no son bienes económicos, intereses, metas o ideales. El valor elevado justifica entonces pretensiones no susceptibles de cálculo y atribuciones de minusvalía. La ejecución inmediata del valor destruye la ejecución jurídicamente significativa, que sólo tiene lugar en órdenes concretos, sobre la base de disposiciones fijas y decisiones claras (Schmitt, 2009 [1979], 110).

No importa cuál sea el valor que se pretenda hacer valer y que se considere más elevado. Puede ser la sociedad sin clases, la humanidad, la democracia, los derechos humanos, Dios, la igualdad de género, etc. Esos valores solo valen si se los hace valer, si se imponen, y justifican, por sí mismos, la destrucción de aquello que se designa como no-valor y que se define relativamente en función de lo que se entiende como valor: “[e]l valor más elevado tiene el derecho y el deber de someter al valor más bajo y el valor como tal aniquila con derecho al no-valor como tal”, vale decir, “el precio más elevado nunca puede ser muy alto para el valor más elevado y tiene que ser pagado” (Schmitt, 2009 [1979], 139-140 y 142). En eso radica “la ‘tiranía de los valores’” (Schmitt, 2009 [1979], 140).

En consecuencia,

Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace. Debería reflexionar sobre la prescindencia y estructura de los valores y no permitirse tomar a la ligera el problema de la tiranía de los valores y de la ejecución no mediada del valor (Schmitt, 2009 [1979], 147).

Es decir, “[l]a única manera de evitar que una secta se apodere de la iglesia es que los jueces se atengan estrictamente al razonamiento institucional” (Rosler, 2021, 7).

Sin embargo, podría objetárseme que los autores que han sido citados como ejemplos de MMI derivan sus soluciones a partir de valores que han recibido reconocimiento jurídico. No niego que el lenguaje de las Constituciones y de los tratados internacionales está imbuido de mayores términos valorativos *vis a vis* que el que se encuentra presente en las leyes. Sin embargo, el grado de abstracción de esas cláusulas y el grado de precisión que, por el contrario, en general, tienen las leyes traen consigo que la concretización de esos valores sin la mediación de las leyes -o por encima de ellas- sea solo la imposición de la valoración del intérprete y, por tanto, la sustitución de la ejercida por el legislador en uso de sus facultades. Con ello, se reemplaza la autoridad del legislador por la del teórico. En otras palabras,

El problema, con esta concepción instrumental de la normatividad crítica, consiste en que, en vez de proporcionar un concepto del derecho crítico, simplemente proporciona una aplicación de la moral crítica al derecho. Si se considera que los criterios de la verdad jurídica se dan mediante los fines (o la función, si uno prefiere) morales y políticos del derecho, entonces, no hay ninguna distinción entre la valoración crítica del derecho y una moral que se oponga a un punto de vista jurídico; la “esencia funcional” del derecho resulta ser una moral crítica disfrazada (Marmor, 2001 [1992], 132).

O, como dice Rosler,

usamos reglas para resolver nuestros propios desacuerdos valorativos. Pero para que las reglas puedan cumplir con esta tarea, tienen que contar con un grado significativo de autonomía en relación con nuestros valores, ya que si tuviéramos que apelar a ellos -las razones que subyacen a las reglas- para resolver nuestros desacuerdos valorativos, no tendría sentido apelar a las reglas (Rosler, 2019, 92).

Por el contrario, el auge del neo-constitucionalismo (Gil Domínguez, 2009) y la tesis de la ponderación de Robert Alexy (2010 [1978], 293 y ss.<sup>11</sup>; 2012 [2010]), como el lugar que han ocupado, v. gr., los tribunales internacionales (CIDH, “Gelman vs Uruguay”) y nacionales (“Simón”, 2005, CSJN, *Fallos*: 328: 2056) al anular leyes de amnistía, constituyen algunos ejemplos de la colonización del derecho por la lógica del valor.

MMP es incompatible con la autoridad del derecho *si y solo si* entendemos que la expresión “mal” es sinónimo de un mal jurídico. En cambio, MMP no es incompatible con la autoridad del derecho si sostenemos que el *mal mayor a evitar* del art. 34 inc. 3, Cód. Penal no solo remite a un ilícito jurídico sino también a un mal de acuerdo con la moral positiva<sup>12</sup>. MMP, a diferencia de MMI, no licúa el razonamiento jurídico en la lógica de los valores porque no sostiene la prioridad de los valores -siempre en disputa- frente al derecho. MMP solo considera que, por voluntad del derecho, ciertos valores *vigentes* en una sociedad tienen relevancia en la justificación de hechos *prima facie* penados por la ley.

[E]n todos los sistemas legales el reconocimiento otorgado por el derecho a las razones no-legales es limitado y está estrictamente regulado por el derecho: las razones no-legales no justifican un desvío respecto a los requerimientos legales excepto si esa justificación está permitida por el derecho (Raz, 1979, 31).

En consecuencia, así como pueden determinarse ciertos estándares en materia de sexualidad o de creencias religiosas, o qué es lo que se entiende por “buenas costumbres” en un tiempo y valor determinado, MMP sostiene que puede identificarse lo que una sociedad mayormente piensa sobre el bienestar de los perros. Obsérvese que se trata de un estado de cosas referido a lo que se encuentra *vigente* en una sociedad determinada y que, por tanto, puede ser identificado. En este marco, sería de utilidad apelar a estudios como, v. gr., los de Paul H. Robinson, quien se ha referido a distintas investigaciones empíricas que han dado cuenta de que en una comunidad existen, en general, “altos niveles de acuerdo” (2017, 1567 y 1573) sobre el grado de merecimiento o “culpabilidad relativa” (2012 [2008], 46) en torno a un núcleo de hechos.

<sup>11</sup> Véase, especialmente, pp. 457-493.

<sup>12</sup> Como ambos significados (MJ y MMP) de la expresión mal se desprenden del término utilizado por el legislador, MMP constituiría, en definitiva, un supuesto de MJ.

Más aún, MMP no es incompatible con la autoridad del derecho argentino en virtud de que la Constitución argentina no es una Constitución estrictamente liberal<sup>13</sup>. Como recuerda Martín Farrell (2012, 119-120), a instancias del Convencional Pedro Ferré, la Convención Constituyente de 1853 incorporó al texto del art. 19 de la Constitución Nacional, la expresión “moral pública” para, de ese modo, autorizar a que el legislador pudiera prohibir las acciones que no solo afectaran a terceros o al orden público sino, además, que fueran consideradas nocivas o incorrectas desde el punto de vista de la moral social dominante. En consecuencia, la importancia reconocida a la moral positiva no tornaría inconstitucional a una interpretación de la expresión *mal mayor a evitar* del art. 34 inc. 3, Cód. Penal que, junto al MJ, también remita al contenido de la moral mayoritariamente vigente en la sociedad argentina.

“Prefiero ir preso antes de que se muera”, dijo Gastón Sosa. Su declaración es un reconocimiento de la autoridad del derecho. Como el derecho tiene autoridad, su contenido no depende de su aprobación moral y sus razones no dependen de otras razones. En este caso, sin embargo, Sosa puede no tener razones para estar preocupado.

## 5. Conclusión

Con este trabajo, he reflexionado sobre la autoridad del derecho y su relación con los valores morales. Para ello, tomé como ejemplo la figura del estado de necesidad justificante, tal como se encuentra regulada en el derecho penal argentino. Recordé las diferentes acepciones del término “mal” y analicé la compatibilidad de cada una de ellas con la nota distintiva de todo derecho: el hecho de que pretende tener autoridad.

Apelar a la moral ideal para determinar el contenido del término “mal” licúa el razonamiento jurídico en el razonamiento moral y reintroduce el conflicto valorativo sobre el que el propio derecho está llamado a decidir. Con ello, el derecho termina secuestrado al servicio de una “secta” que, “[n]aturalmente [...] afirma que tiene de su parte [a]l derecho y la verdad” (Schmitt, 2015 [1938], 56), pero se olvida que “la paz no se alcanza con afirmar que el derecho está de nuestra parte, sino mediante la decisión incontestable de un sistema coactivo legal que funciona con seguridad y pone fin a la contienda” (Schmitt, 2015 [1938], 56).

## Bibliografía citada

- Alexy, Robert (2010 [1978]). *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra Ediciones).
- Alexy, Robert (2012 [2010]). *La construcción de los derechos fundamentales* (trad. L. Clérico, J. Sieckman y A. D. Oliver-Lana, Buenos Aires, Ad – Hoc).
- Bobbio, Norberto (1965). *El problema del positivismo jurídico*. E. Garzón Valdés (trad.) (Buenos Aires, Eudeba).
- Diario Digital Nueva Rioja, edición del 4/7/2021: Misiones: Robó el perro de su vecino para que no lo maltrataran más. Disponible en: <https://www.nuevarioja.com.ar/46048-misiones-robo-el-perro-de-su-vecino-para-que-no-lo-maltrataran-mas> [Fecha de consulta: 14.07-2021]

<sup>13</sup> Por eso se equivoca Ricardo Núñez cuando, al analizar los modos de determinar la magnitud de los males en juego, considera que “el primer y superior criterio de valuación, [sic] está dado ya por el sentido liberal de nuestro Derecho positivo” (1959 t 1, 323). En el fondo, Núñez, sin darse cuenta, está valorando.

- Diario Digital Misiones *online*, edición del 30/6/2021: “Me dijeron que estoy en falta por lo que hice”, dijo el joven que “robó” el pitbull maltratado de su vecino en Garupá. Disponible en: <https://misionesonline.net/2021/06/30/me-dijeron-que-estoy-en-falta-por-lo-que-hice-dijo-el-joven-que-robo-el-pitbull-maltratado-de-su-vecino-en-garupa-1/> [Fecha de consulta: 14.07.2021]
- Espina, Nadia (2020). “La legítima defensa de animales no humanos: un análisis a propósito de una reciente jurisprudencia alemana”, *Revista Nueva Crítica Penal*, vol. 2 N° 4, pp. 1-18. Disponible en: [revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/61](http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/61) [Fecha de consulta: 16.07.2021]
- Farrell, Martín D. (2012). *Entre el Derecho y la Moral. Preguntas con respuestas*. (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- Gil Domínguez, Andrés (2009). *Escritos sobre Neoconstitucionalismo*. (Buenos Aires, Ediar).
- Hobbes, Thomas (2003 [1651]). *Leviatán* (trad. Escotado, Buenos Aires, Página/12 - Losada) Tomo 1.
- Marmor, Andrei (2001 [1992]). *Interpretación y teoría del derecho* (trad. M. Mendoza Hurtado, Barcelona, Gedisa).
- Moreno, Rodolfo (h) (1922-1923). *El Código Penal y sus antecedentes*. (Buenos Aires, H. A. Tommasi). Tomo 2
- Nino, Carlos S. (2006 [1980]). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (trad. G. R. Navarro, Buenos Aires, Astrea).
- Nino, Carlos S. (2008). *Fundamentos de Derecho Penal*. G. Maurino (ed.) (Buenos Aires: Celtia S. A. - Gedisa S. A).
- Nino, Carlos S. (2011 [1974]). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*. (México D. F., Ediciones Coyoacán).
- Núñez, Ricardo C. (1959). *Derecho Penal Argentino* (Buenos Aires, Bibliográfica Omeba). Tomo 1.
- Raz, Joseph (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. (Oxford, Oxford University Press).
- Raz, Joseph (2013 [2009]). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica* (trad. P. Navarro, H. Bouvier y R. Sánchez Brígido *et al*, Madrid, Marcial Pons).
- Robinson, Paul H. (2012 [2008]). *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. M. Cancio Meliá y I. Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons).
- Robinson, Paul H. (2017). “Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility and the Challenge of Social Change”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 111 N° 6, pp. 1565-1595.
- Rosler, Andrés (2019). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. (Buenos Aires - Madrid, Katz Editores).
- Rosler, Andrés (2021). “Catolicismo romano y forma jurídica”, en *La Ley - Universidad del Salvador* Año XXI (1), pp. 7-9.
- Roxin, Claus (1997 [1994]). *Derecho Penal. Parte General* (trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesar, Madrid, Civitas). Tomo 1
- Roxin, Claus (2006 [1972]). *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi). 2ª ed. 2ª reimp.
- Schauer, Frederick (2013 [2009]). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (trad. T. J. Schleider, Madrid, Marcial Pons).
- Schmitt, Carl (2015 [1938]). *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*. (trad. J. Conde, Buenos Aires, Ediciones Sieghels).
- Schmitt, Carl (2009 [1979]). *La tiranía de los valores*. S. Abad (trad.) Buenos Aires: Hydra).

Soler, Sebastián (1962). *La interpretación de la ley*. (Barcelona: Ediciones Ariel).

Soler, Sebastián (1963). *Derecho Penal Argentino*. (Buenos Aires: TEA). Tomo 1. 3ª ed. Parte General

Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2014). *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires: Ediar). 2ª ed. 3ª reimp.

## Normas citadas

Código Civil y Comercial de la República Argentina, edición 2015, actualizado a agosto de 2021.

Código Penal de la República Argentina, edición de 1921, actualizado a agosto de 2021.

Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo de la República Argentina N° 1088/11 (19/07/2011). Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros Gatos.

Ley 14.346 (27/09/1954). Ley de Protección de los Animales. Maltrato y Actos de Crueldad Animal. Penas.

Ley 27330 (16/11/2016). Prohibición de Carreras de Perros.

## Jurisprudencia citada

“Caso Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) (24/2/2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf) [Fecha de consulta 14.12.2021].

“Mussotto, Néstor; Huesca, Miguel Pedro s/ art. 128 del Cód. Penal” (29/9/1987): Corte Suprema de Justicia de Argentina. Colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 310-I, p. 1909 (CSJN, *Fallos*: 310-I: 1909).

“Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-” (14/6/2005): Corte Suprema de Justicia de Argentina. Colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 328, p. 2056 (CSJN, *Fallos*: 328: 2056).