

INTERROGANTES ACERCA DE UNA EVENTUAL TEORÍA GENERAL DE LA INFRACCIÓN JUSHUMANA

E. Raúl ZAFFARONI*

SUMARIO: I. *La ausencia de una teoría general.* II. *Desde lo penal, otear el campo jushumano.* III. *La carencia de normas generales no sería obstáculo.* IV. *Definición formal y conceptual.* V. *Realismo e idealismo.* VI. *Trascendencia de la sanción.* VII. *Trascendencia legal no ilimitada.* VIII. *El sujeto pasivo indemne.* IX. *Necesidad lógica de una fórmula de descripción de lo prohibido.* X. *Del tipo a la norma y de la norma al tipo.* XI. *No es defecto del legislador.* XII. *No habilita la arbitrariedad.* XIII. *Concurrencia ideal.* XIV. *Adecuación política de la conducta.* XV. *No son todas omisiones.* XVI. *Hay infracciones por acción y por omisión.* XVII. *Tipos circunstanciados.* XVIII. *No media infracción sin conducta.* XIX. *Lo imprevisible no es imputable al Estado.* XX. *Nexos de causación y de evitación.* XXI. *Los falsos conflictos de deberes.* XXII. *Imputación subjetiva.* XXIII. *Error de hecho invencible.* XXIV. *¿Puede el error juris ser eximente?.* XXV. *Los problemas de justificación.* XXVI. *La defensa del orden jurídico.* XXVII. *No confundir atipicidad con justificación.* XXVIII. *Funciones indelegables.* XXIX. *Defensa del Estado y del orden y la seguridad públicos.* XXX. *Posible fórmula única de justificación jushumana.* XXXI. *Precisar el concepto de necesidad.* XXXII. *Provocación intencional.* XXXIII. *Provocación negligente o imprudente.* XXXIV. *Problemas de reprochabilidad.* XXXV. *La necesidad exculpante.* XXXVI. *El caso límite.*

I. LA AUSENCIA DE UNA TEORÍA GENERAL

Las violaciones a derechos humanos o *infracciones jushumanas* afectan normas establecidas en tratados internacionales y configuran una categoría particu-

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires. Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

lar de lesiones al orden jurídico, que son sancionadas por órganos jurisdiccionales.

Hasta el momento no se elaboró dogmáticamente un sistema o *teoría general de la infracción jushumana* que ordene sistemáticamente sus caracteres y sus posibles ausencias, a diferencia de otras ramas de las ciencias jurídicas que consideraron necesaria esa construcción para potenciar la previsibilidad y la completividad lógica y reducir el riesgo de arbitrariedad.

Pese a la íntima relación del derecho jushumano con el internacional, la infracción jushumana merecería una teoría general propia, porque su particularidad se finca en que el *sujeto pasivo* no es otro estado, sino seres humanos. Nos inclinamos a creer que su ausencia se debe a la extrema juventud de esta rama jurídica en comparación con las tradicionales y que su elaboración será tarea de una futura generación de investigadores.

II. DESDE LO PENAL, OTEAR EL CAMPO JUSHUMANO

No obstante, en especial en una obra dedicada a homenajear al querido Sergio García Ramírez, amigo desde tiempos lejanos, eximio penalista y procesalista, pero que como juez aportó conceptos fundamentales a la jurisprudencia jushumana, no resistimos la tentación de formular algunas consideraciones —harto elementales y no sólo por obvias razones de espacio— oteando desde el derecho penal el eventual auxilio que podrían prestar a los futuros teóricos los niveles analíticos de la construcción dogmática de la teoría del delito con su largo trabajo de filigrana. Por ende, sólo tratamos de apuntar, en forma de *lluvia de ideas*, los principales problemas que tal vez debiera resolver esa futura empresa teórica.

III. LA CARENCIA DE NORMAS GENERALES NO SERÍA OBSTÁCULO

Se podría objetar que un primer inconveniente se ofrece porque tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —que para simplificar tomamos como base legislativa para una posible construcción dogmática—, al igual que en los otros instrumentos internacionales, no se contiene una parte general ni un elenco de eximentes.

No creemos que esto importa una dificultad y menos aún una imposibilidad, pues la experiencia milenaria muestra que todo el *derecho común* europeo previo a la codificación tampoco disponía de esas normas y sus teorías generales fueron construidas por la doctrina y la jurisprudencia en la

forma que subsiste hoy en el *common law* de tradición anglosajona, lo que no respondió a un mero afán de sistematización ni de estética jurídica, sino a una demanda práctica de coherencia y no contradicción en la aplicación de las leyes.

IV. DEFINICIÓN FORMAL Y CONCEPTUAL

En consecuencia, en principio nada obstaría a proponer una definición que supere la meramente formal de *infracción sancionada por la CADH*, para pasar a otra conceptual que exprese la estratificación analítica como, por ejemplo: *infracción jushumana es todo hacer o no hacer estatal convencionalmente prohibido, antijurídico y reprochable*.

El penalista que se asome al derecho jushumano tendrá en cuenta ante todo que en el derecho penal, por mucho que se quiera superar el *universitas delinquere non potest*, el sujeto activo sigue siendo un ser humano, mientras que en la infracción jushumana siempre es un estado, pero tampoco le podrá pasar por alto que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad no se originó en la doctrina penal, sino que ésta la adoptó de Rudolf von Jhering, quien la había formulado en el derecho privado, donde también las personas jurídicas son sujetos activos de infracciones.

V. REALISMO E IDEALISMO

Por importantes y *sui generis* que sean los estados, son personas jurídicas y, por ende, toda teorización debería comenzar por decidirse entre las dos tradicionales teorías a su respecto, es decir, la de la *ficción* y la de la *realidad*, lo que a su vez dependerá de la teoría del conocimiento que se adopte, según sea *realista* (privilegio de la *cosa o del mundo*, que lleva a concebir a la persona jurídica como *ficción*) o *idealista* (privilegio de la *idea de la cosa o del mundo*, que lleva a la teoría de la *realidad* de la persona jurídica).

VI. TRASCENDENCIA DE LA SANCIÓN

En el mundo real no puede dejar de señalarse que toda sanción a un Estado recae inevitablemente sobre toda su población, aunque la infracción la hayan decidido sólo sus *funcionarios/órganos*, o sea, que siempre trasciende a quienes no tomaron la decisión antijurídica.

La tesis idealista de la *realidad* de la persona jurídica oculta este hecho, en tanto que la realista, al considerarla una *ficción*, lo pone de manifiesto. Creemos que sería conveniente que los teóricos del futuro se inclinaren por la última, por su mayor idoneidad para limitar la inevitable trascendencia de la sanción.

El Estado, si bien es una persona jurídica, reviste características muy particulares debido a su carácter *necesario*, pues en la actualidad todo ser humano es ciudadano de un Estado o habita en su territorio, siendo la población y el territorio elementos de todo Estado. Por ende, nadie puede dejar de ser parte de ese elemento *necesario* porque en algún territorio habita y, en consecuencia, no podría alegar que es del todo ajeno al Estado. Pero, de cualquier manera, no puede negarse que hay una cierta trascendencia, porque el ciudadano o habitante no sólo no tomó la decisión, sino que incluso puede repudiarla, no obstante lo cual, hasta una simple reparación pecuniaria recae sobre el erario público, al que contribuyen todos.

VII. TRASCENDENCIA LEGAL NO ILIMITADA

La teoría realista o de la *ficción*, al poner de manifiesto que inevitablemente la sanción jushumana es en alguna medida trascendente por el mero hecho de que los habitantes del territorio deben cargar con las consecuencias de las decisiones de sus funcionarios/órganos, es más idónea para señalar los límites de esta trascendencia, que siempre deberá ceñirse estrictamente a los establecidos para la sanción en la propia CADH.

Por el contrario, la teoría idealista o de la realidad de la persona jurídica hace coincidir por completo la sanción con el sujeto infractor (el Estado como persona real), lo que puede dar lugar más fácilmente a los discursos legitimantes de excesos, como por ejemplo las represalias contra la población de un Estado agresor, la toma de rehenes para disuadir de ataques o el más común, consistente en tomar medidas económicas contra un Estado infractor que infieran padecimientos graves a toda su población.

VIII. EL SUJETO PASIVO INDEMNEN

Otra característica particular de la infracción jushumana es que su sujeto pasivo, por ser un ser humano, se halla en una desigual posición de poder frente al Estado infractor. Por esta razón, al entrar en contacto con la jurisdicción jushumana sus actos procesales se revisten de *indemnidad*, extendida a los testigos y peritos, o sea que pasan a ser atípicos para el derecho penal del Estado

denunciado (artículo 53 del Reglamento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos [Corte IDH]). No se trata de una mera *immunidad procesal*, sino de una *indemnidad penal*, por lo que, conforme al principio de accesoria de la participación criminal, resta tipicidad también a las conductas de los cooperadores en los actos procesales del sujeto pasivo y de quienes actúan en el proceso jushumano.

IX. NECESIDAD LÓGICA DE UNA FÓRMULA DE DESCRIPCIÓN DE LO PROHIBIDO

Ningún tribunal puede establecer si una conducta es o no prohibida sin una previa imagen conceptual abstracta de la materia prohibida, sea que la provea el legislador, la jurisprudencia o incluso que la deban construir los propios jueces.

Estas descripciones lógicamente necesarias son las que el derecho penal llama *tipos o supuestos de hecho*, que en esa materia son previstos por el legislador conforme al requerimiento de legalidad estricta que rige en esa materia.

X. DEL TIPO A LA NORMA Y DE LA NORMA AL TIPO

La ley penal describe las conductas prohibidas, lo que permite deducir la norma prohibitiva (*el que matare será penado* permite deducir la norma *no matarás o prohibido matar*). La ley jushumana (CADH) procede en forma inversa, porque por lo general establece las normas prohibitivas y el tribunal debe construir el tipo (del *no matarás* debe construir la descripción de la conducta prohibida, *el que matare a otro*). *Mientras en el derecho penal la regla es que del tipo se deduzca la norma, en el derecho jushumano opera la regla inversa: desde la norma se debe construir el tipo.*

Algunas normas prohibitivas legales son más estrictas (8.4, 8.5) y otras son mucho más amplias (11.1), o sea que los tipos de la infracción jushumana se construyen o perfeccionan por los jueces conforme a normas que les otorgan menor o mayor amplitud de creación (la del 8.4 la limita en extremo; la del 11.1 es muchísimo más amplia).

XI. NO ES DEFECTO DEL LEGISLADOR

Esto no es una falencia del legislador jushumano, sino una necesidad impuesta por la naturaleza de la materia, pues todo casuismo sería infructuoso,

dado que jamás agotaría la descripción de todas las particulares infracciones jushumanas con las circunstancias propias que la hacen prohibida en los casos concretos.

Dado que al legislador jushumano le resulta imposible completar su tarea como lo hace el penal que, a partir de la norma (no matarás) elabora el tipo que entrega a los jueces, no tiene más remedio —al menos en la gran mayoría de los casos— que entregar a los jueces la norma y transferirles la culminación de su tarea, o sea, la elaboración de los tipos.

XII. NO HABILITA LA ARBITRARIEDAD

No obstante, la inviabilidad de la legalidad estricta en esta materia no habilita la arbitrariedad judicial, dado que los tipos judiciales se crean mediante precedentes jurisprudenciales emanados de las diferentes jurisdicciones jushumanas que se alimentan entre sí en forma de *red*, lo que va configurando un interesante y nutrido patrimonio de *derecho común jushumano universal* de creación judicial y de fuente *interjurisdiccional*, al que también contribuyen los estándares de la jurisprudencia de los tribunales de los países partes, los objetivos señalados en el Preámbulo de la CADH y los elementos provistos por otros tratados internacionales universales y regionales sobre materias particulares. Este conjunto suple la imposibilidad de la estricta legalidad y ofrece un marco de previsibilidad de las decisiones.

XIII. CONCURRENCIA IDEAL

Por otra parte, por lo general existe una circunstancia fáctica que también opera indirectamente como reductora del espacio de arbitrio judicial, pues en la jurisprudencia internacional se verifica que es muy poco usual que una infracción jushumana no sea pluriofensiva, es decir, que la misma conducta por la que se responsabiliza a un Estado no encuadre simultáneamente en dos o más tipos de prohibición, dando lugar a lo que en derecho penal es un *concurso ideal*. Esta circunstancia de hecho hace que eventualmente sea discutible alguna de las calificaciones, pero nunca todas ellas.

XIV. ADECUACIÓN POLÍTICA DE LA CONDUCTA

Aunque no se lo mencione en forma expresa, en la construcción de los tipos la jurisprudencia observa siempre una limitación racional que es la *adecuación*

política de la conducta, es decir, el respeto al ámbito de gobierno de la *polis*, atendiendo a que prácticamente no hay decisión política que en alguna medida no limite el ejercicio de algún derecho. La propia CADH contiene claros indicadores al respecto (6,3,c; 12,3; 13,2,j; 15; 16,3; 22,1; etcétera) que no son supuestos de justificación, sino directamente de límites racionales a la prohibición jushumana, puesto que se trata de reglas mediante las que se le señala a la jurisdicción internacional el deber de respetar el espacio propio de los funcionarios/órganos de los estados para su normal acción política de gobierno de la *polis*.

Quizá podría decirse que el criterio valorativo para la delimitación de este espacio sería la *racionalidad*, en especial en forma de *proporcionalidad*, como también la verificación del estándar democrático en comparación con otras acciones de gobierno usuales y corrientes en todos los Estados. Al elaborarse en el futuro una teoría general, debería particularizarse la investigación de un posible estándar orientador de moderación más preciso.

XV. NO SON TODAS OMISIONES

Dado que las normas de la CADH imponen a los Estados el deber de hacer efectivos los derechos humanos, en el futuro podría intentarse la elaboración de una teoría general de la infracción jushumana como omisión, atendiendo a esa *posición de garante* que la CADH impone a cada Estado.

Sin duda que cuando se intente la elaboración de una teoría general, no se resistirá la tentación de optar por esta vía, habida cuenta de que poco importa que algunos preceptos de la CADH se formulen en forma prohibitiva (artículo 9o., por ejemplo), porque desde la lógica, todo enunciado prohibitivo puede convertirse en preceptivo. Una construcción de la teoría general de la infracción jushumana elaborada sobre base omisiva la definiría como *toda omisión estatal inconvenicional antijurídica y reprochable*.

XVI. HAY INFRACCIONES POR ACCIÓN Y POR OMISIÓN

Aquí se plantea nuevamente la cuestión de la realidad y de la ficción, pues desde la posición idealista (teoría de la realidad) sería admisible reducir todas las infracciones a omisiones estatales, pero desde el realismo (teoría de la ficción) no puede ignorarse que las infracciones no pueden menos que tener por base real las acciones u omisiones de los *funcionarios/órganos* de los Esta-

dos, sin contar que no resulta razonable —al menos para el común de las personas— considerar que conductas tales como ejecuciones extrajudiciales o privaciones ilegales de libertad configuran omisiones.

Si desde el realismo es la conducta de estos funcionarios lo que permite responsabilizar al Estado como sujeto activo de la infracción, la tipicidad jushumana podría configurarse (a) en forma *activa* por acción directa u orden de éstos (disponen detenciones ilegales), pero también (b) en forma *omisiva*, cuando estos funcionarios realicen una conducta diferente (*aliud agere*) de impedir acciones de funcionarios menores (mientras su policía tortura, extorsiona, etcétera) o de *no funcionarios* (mientras grupos civiles cometen linchamientos u otros delitos, etcétera) o de interrumpir un proceso causal lesivo (mientras se producen muertes por hambre, frío, enfermedades, etcétera).

XVII. TIPOS CIRCUNSTANCIADOS

En el derecho penal todos los tipos omisivos son circunstanciados, en tanto que algunos activos también lo son. Dado que el ejercicio de cualquier derecho admite limitaciones conforme a cierto *estándar de realización*, en el derecho jushumano la gran mayoría de sus tipos —y no sólo los omisivos señalados antes— son *circunstanciados*, salvo unos pocos emergentes de prohibiciones legales muy precisas (artículo 8.4, por ejemplo) y los que se cometan mediante la comisión de delitos del derecho penal internacional.

Esto se debe a que para la elaboración judicial de los tipos resultan fundamentales los datos concretos o *circunstancias del caso* que configuran su contexto (legal, institucional, político, social, económico, etcétera), que no sólo son relevantes para la prueba, sino que también importan para la delimitación misma de la materia prohibida, que en muchísimos casos es tal en esas circunstancias, pero no en otras diferentes.

XVIII. NO MEDIA INFRACCIÓN SIN CONDUCTA

Dado que desde una perspectiva realista el Estado siempre es responsable en razón de las conductas humanas (acciones u omisiones) de sus funcionarios/órganos, no existirá ninguna infracción jushumana cuando no hubiesen mediado conductas de éstos, es decir, cuando se tratase de procesos meramente causales (terremotos, inundaciones, etcétera). Frente a estos procesos sólo podrán serlo las conductas activas u omisivas que los precipiten, po-

tencien sus efectos o no los eviten o atenúen, pero la responsabilidad estatal nunca podría fundarse en el proceso causal mismo.

XIX. LO IMPREVISIBLE NO ES IMPUTABLE AL ESTADO

En ninguna rama del derecho se admite que se impute a un sujeto un resultado imprevisible conforme al conocimiento disponible, pues se le considera un *caso fortuito*, atendiendo a que inevitablemente siempre es limitada la posibilidad de previsión de la causalidad.

Tratándose de fenómenos naturales, el conocimiento es progresivo, por lo que la previsibilidad deberá establecerse de conformidad con el grado de conocimiento alcanzado por el saber humano en el momento del hecho. Por ende, no serían verdaderos supuestos de caso fortuito, aquellos en que la imprevisión fuese atribuible a la propia torpeza de la conducta (activa u omisiva) de los funcionarios/órganos del Estado, como la negligencia en la provisión de los medios o en la formulación de las consultas técnicas que hubiesen hecho previsible el resultado y permitido neutralizarlo o reducirlo.

XX. NEXOS DE CAUSACIÓN Y DE EVITACIÓN

En los casos de infracciones típicamente activas, se verifica la causalidad cuando mentalmente se suprime la acción y desaparece el resultado, afirmándose que media un *nexo de causación*. En las típicamente omisivas se interpone mentalmente la acción debida y se verifica que hubiese interrumpido el curso causal, o sea que media un *nexo de evitación*. Los futuros teóricos no tendrían necesidad de alterar estas reglas que rigen en materia penal, puesto que, si bien ninguno de los dos nexos es suficiente para una imputación jurídica, ambos son condición indispensable de ésta.

La verificación del *nexo de evitación* en el caso de las omisiones responde al principio general del derecho conforme al cual a nadie se le puede imputar un resultado imposible de evitar. Por otra parte, no sería admisible que se considerase típica en esta materia la omisión de acciones inútiles, como alguna opinión postula en el derecho penal, puesto que, por ejemplo, no puede considerarse una violación a los derechos humanos la omisión de las obras indicadas por los técnicos, cuando se probara que igualmente hubiesen sido inútiles para evitar una catástrofe.

Por supuesto que la ausencia del *nexo de evitación* eximiría de responsabilidad en la medida en que la imposibilidad en el caso concreto no sea atribuible a los propios funcionarios/órganos del Estado, como puede ser una deficiencia general de su sistema sanitario, de prevención de catástrofes, de seguridad pública, de control de sus funcionarios inferiores, etcétera.

XXI. LOS FALSOS CONFLICTOS DE DEBERES

En las tipicidades omisivas muchas veces se plantean como conflictos de deberes supuestos que en verdad son de imposibilidad de conducta y que con seguridad serán considerados por los futuros teóricos.

Se trata de los casos, por lo general referidos al derecho a la vida —aunque pueden serlo a otros—, en que los funcionarios/órganos no tienen más opción que intervenir selectivamente, cuando sin que medien carencias imputables a negligencias previas y por circunstancias imprevisibles, deban salvar los derechos de algunos, pero les resulte imposible salvar todos los que se hallasen en peligro.

En realidad, se trata de un caso de atipicidad omisiva, porque el Estado tiene el deber de garantizar todos los derechos que *puede* pero, como es obvio, no los que *no puede*, a condición de que proceda según un criterio de selección racional y no arbitrario, que no lesione el principio de igualdad.

El Estado no incurriría en infracción si procediese como el capitán de una nave, quien cumple con su deber en la medida en que ordena el salvataje conforme a las reglas de prioridades racionales establecidas para esa situación. Sin llegar a extremos tan dramáticos, la propia distribución de limitado número de vacunas disponibles en una epidemia conforme a la prioridad por vulnerabilidad de las diferentes capas etarias o con morbilidades previas sería un caso de atipicidad omisiva.

XXII. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Conforme a la posición realista, según la cual son las conductas de los funcionarios/órganos las que generan la responsabilidad jushumana del Estado, para configurar la infracción es suficiente con que éstos hayan actuado con negligencia, aunque con frecuencia la infracción se basa en una pluralidad de acciones en que unos actúan dolosamente y otros por negligencia.

La relevancia del actuar doloso de los funcionarios/órganos se limitaría a las *medidas de no repetición* que corresponda disponer y al deber estatal

de promover las acciones penales en caso de configurar delitos, pero no parece que para una futura elaboración teórica le deba asignar mayor significación en cuanto a la responsabilidad misma del Estado.

Los teóricos futuros deberán cuidarse también de no confundir las conductas culposas de los funcionarios/órganos con omisiones, porque si bien en la negligencia siempre se omite el deber de cuidado, no siempre éste impone la realización de la conducta con cuidado, sino la omisión de ésta cuando resulta imposible llevarla a cabo con el cuidado debido, es decir, que el estado se abstenga de conductas osadas innecesarias.

XXIII. ERROR DE HECHO INVENCIBLE

Cuando los funcionarios/órganos hubiesen actuado con la debida diligencia, pero ésta no les evitase caer en un error de hecho, debería excluirse la responsabilidad del Estado.

Si bien este género de errores invencibles no parece ser frecuente, tampoco puede descartarse, en particular cuando los funcionarios hubiesen seguido lo indicado por los científicos o técnicos, por ser la opinión dominante en el momento, pero que más tarde se descarte por errónea. La ciencia y la técnica avanzan a medida que va superando errores, de modo que, si en verdad se tratara de conductas conforme a la opinión generalizada y no de tesis peregrinas o aventuradas, la negligencia quedaría eliminada y con ella la responsabilidad estatal.

XXIV. ¿PUEDE EL ERROR *JURIS* SER EXIMENTE?

Creemos que la teorización futura no podría descartar por completo la relevancia eximente de un posible error invencible sobre la prohibición. La judicialidad de los tipos y la inevitable y deseada progresividad de la jurisprudencia internacional que hace que sus estándares sean dinámicos en pos de una mejor y más eficaz protección de derechos, podría dar lugar a algunos supuestos de esta naturaleza. Tal sería el caso de determinadas acciones u omisiones que los órganos jurisdiccionales internacionales no hubiesen considerado violatorias de las normas jushumanas, pero que una posterior sentencia las considerase típicas.

Tratándose de acciones u omisiones más o menos corrientes o generalizadas y que hasta ese momento no hubiesen sido observadas, que ni siquiera

hubiesen dado motivo para requerir una opinión consultiva, o sea, que realmente se trate de una jurisprudencia innovadora por parte de la jurisdicción, no hay motivo para no excluir la responsabilidad estatal por este error insuperable, sin perjuicio de que los jueces adviertan al estado en cuanto a su conducta futura, señalándole los necesarios cambios de política o legislación en su caso.

XXV. LOS PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN

La justificación y la exculpación del Estado deberá ser materia de profundo análisis y reflexión por parte de quienes elaboren en el futuro una teoría general de la infracción jushumana, habida cuenta de que la necesidad es el argumento que históricamente se ha esgrimido para legitimar no sólo estas infracciones, sino incluso los más aberrantes crímenes internacionales.

Los párrafos siguientes, por ende, sólo tendrán el muy limitado valor de indicar las precauciones y aspectos que imaginamos que deberán profundizar y meditar los futuros teóricos, tarea que no corresponde a quien de momento sólo otea el terreno desde el atalaya de la metodología dogmática penal.

XXVI. LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO

Será indispensable que una teoría general de la infracción jushumana distinga meticulosamente entre la defensa del orden jurídico y la del Estado y de su seguridad general, puesto que, en cuanto a la primera, cada orden jurídico se protege con el sistema legal de sanciones que observen los límites que le marca la propia CADH. Toda conducta de sus funcionarios/órganos, fuera de estos límites o ejercida por terceros, deberá ser considerada una infracción jushumana.

La única defensa del orden jurídico de un Estado es la que lleva adelante conforme al propio orden jurídico, en particular conforme a su legislación penal, procesal penal y administrativa de policía, siempre que sus normas no incurran en alguna de las prohibiciones de la CADH.

XXVII. NO CONFUNDIR ATIPICIDAD CON JUSTIFICACIÓN

Creemos obvio que la protección del orden jurídico del Estado en el marco de una legalidad nacional observante de las garantías de la CADH, no es

una justificación, puesto que ésta siempre presupone la violación de una prohibición y, por cierto, por ejemplo, la imposición de una pena proporcionada, no cruel, inhumana ni degradante a un delincuente, como la imposición de una sanción racional por una falta administrativa, de ningún modo pueden considerarse supuestos de tipicidad jushumana, es decir, que, directamente se trata de atipicidades y no del juego de una norma prohibitiva con un precepto justificante.

Esta atipicidad es tan manifiesta que, en muchos casos se trata de deberes que debe cumplir el Estado, puesto que si omitiese la persecución de ciertos delitos incurriría en injustos jushumanos.

XXVIII. FUNCIONES INDELEGABLES

Ningún estado puede permitir que no funcionarios se atribuyan un pretendido derecho de supuesta defensa del orden jurídico (*justicieros, parapoliciales, grupos de autodefensa*), pues de no considerar delictivas y omitir la represión de esas actividades le hace incurrir en una infracción jushumana.

Los no funcionarios sólo pueden actuar conforme al derecho en los casos especialmente previstos en la ley y que son tradicionales, en defensa o salvaguarda de sus derechos personales o de terceros en inminente riesgo o cooperando con los funcionarios cuando le es permitido o exigido, pero no les puede ser permitido que cualquier persona o grupo asuma las funciones de policía y jurisdiccionales alegando una supuesta defensa autónoma del orden jurídico como tal.

Por supuesto —y nada tiene que ver con lo anterior— que cualquier habitante puede defender legítimamente la propiedad privada tanto como la estatal, en los términos de todas las leyes penales usuales, e incluso también la integridad del propio Estado frente a una agresión extranjera, pero nunca atribuirse la del Estado como estructura de poder jurídico, es decir, asumir la pretendida defensa de la eficacia de las normas del derecho estatal.

XXIX. DEFENSA DEL ESTADO Y DEL ORDEN Y LA SEGURIDAD PÚBLICOS

Fuera de situaciones bélicas, en que rige el derecho internacional humanitario, la cuestión que se planteará a quienes elaboren una teoría de la infracción jushumana será la posibilidad de justificación en situaciones de conmo-

ción interna, rebeliones para deponer autoridades y de especial peligro para la seguridad de los habitantes. En estas situaciones el Estado puede apelar a la suspensión de garantías (artículo 27), con las formalidades y limitaciones del caso.

Entendemos que toda conducta que exceda ese marco legal normativo deberá considerarse violatoria de la CADH, e incluso la misma suspensión de garantías no admite la suspensión de todos los derechos ni ampara lo que no resulte estrictamente necesario según la ponderación entre los derechos limitados o afectados y los que se quieren preservar.

Será cuestión también de reflexionar acerca de si en esas situaciones es posible trasladar al derecho jushumano el concepto penal de legítima defensa o mejor solamente el de estado de necesidad o bien ambos.

La legítima defensa penal, si bien requiere necesidad estricta, al menos en principio no exige proporcionalidad, dado que se dirige contra un agresor, por lo que sería bueno en su momento que los teóricos reflexionen acerca de la posibilidad de trasladar únicamente la justificación de estado de necesidad, que siempre impone la proporcionalidad (causar un mal menor).

XXX. POSIBLE FÓRMULA ÚNICA DE JUSTIFICACIÓN JUSHUMANA

Quizá sea menester que el futuro teórico prescinda de los conceptos penales de legítima defensa e incluso del estado de necesidad justificante en la forma en que lo perfila el derecho penal, para construir una necesidad justificante propia del derecho jushumano, que exija la proporcionalidad y que construya un concepto de *desproporción abusiva*, entendiendo por tal la que puede ser aprovechada o manipulada para otros objetivos, como la persecución política y, sobre todo, que prescriba la reparación a terceros ajenos a toda agresión o a la producción de la situación de necesidad.

Este será, sin duda, uno de los aspectos más delicados con que se enfrentarán los teóricos a la hora de construir la justificación en su teoría general. Sin duda que será menester que al elaborar la teoría se separen las lesiones a la vida y a otros derechos, porque nunca se justificaría el sacrificio de vidas humanas fuera de los límites de la legítima defensa penal, o sea, de quienes no sean agresores ni hayan generado la situación de necesidad que, en último caso y con la prudencia debida, sólo podrían en algunos supuestos muy especiales dar lugar a injustos jushumanos no reprochables.

XXXI. PRECISAR EL CONCEPTO DE NECESIDAD

Pocas dudas caben acerca de que una de las tareas más complejas e indispensables que deberían llevar a cabo los futuros teóricos es perfilar con mucha claridad el concepto de *necesidad* en el campo del derecho jushumano, pues incluso para derechos diferentes del derecho a la vida siempre deberá ser la amenaza de un mal de entidad considerable, como también que recalque su condición de *estricta*, o sea que no exista otro recurso menos limitador de derechos. Seguramente se alegará siempre que cualquier otro recurso alternativo no tendría la misma eficacia y seguridad, argumento que debe responderse en la teorización, quizá por la vía de que no resulte viable comparando probabilidades de eficacia o constatando un parejo grado de probabilidad en límite con certeza.

En cualquier caso, nunca en el derecho jushumano la necesidad puede ser el puro y exclusivo límite de la justificación, o sea, el principio que pretende que la necesidad no conoce ley —que creemos que tampoco es válido en derecho penal— menos aún lo es en esta rama del derecho, pues por ejemplo y sin excepciones, nunca podría alegarse para cometer crímenes internacionales, como la tortura física o psíquica.

XXXII. PROVOCACIÓN INTENCIONAL

El Estado no puede pretender justificar su infracción en la necesidad cuando sus funcionarios/órganos hubiesen provocado intencional o dolosamente la agresión o la necesidad. En principio, estas justificantes requieren la falta de provocación y la ajenidad a la fuente de la necesidad, criterio que creemos que los teóricos debieran trasladar intocado al derecho jushumano.

La provocación intencional de un conflicto para generar una necesidad que legitime la reducción o cancelación de derechos configuraría una *actio illicita in causa* que no podría dar lugar a ninguna justificación.

XXXIII. PROVOCACIÓN NEGLIGENTE O IMPRUDENTE

Difícil es saber si el Estado podría actuar justificadamente frente a la necesidad provocada negligente o imprudentemente por sus propios funcionarios/órganos. Por supuesto que se descartaría la justificación cuando las conductas que provocaron la necesidad fuesen infracciones jushumanas, como en el

supuesto de causar una situación de miseria extendida o de hambruna, pero puede que sean groseros errores políticos no tan extremos, aunque de cualquier modo afecten el derecho al desarrollo progresivo en forma notoria, como una conducción política claramente ruinosa o la afectación o desbaratamiento de la previsión social o de la legislación laboral.

En estos últimos casos los teóricos futuros deberían indicar que se tome en cuenta el grado de imprudencia con que actuaron los funcionarios/órganos, es decir, si la violación al deber de cuidado que les impone abstenerse de conductas provocadoras de conflictos y agresiones responde a una negligencia o imprudencia más o menos simple o bien altamente temeraria.

XXXIV. PROBLEMAS DE REPROCHABILIDAD

En múltiples casos de infracciones jushumanas la justificación queda excluida por completo y en otros debería ser cuidadosamente analizada y meditada, en particular cuando el Estado invoca una necesidad que no puede imputársele, pero que afecta a personas que no han hecho nada ilícito contra éste, lo que puede llevar a lesionar al máximo la dignidad humana, en especial cuando se cosifican seres humanos tratándolos como medio para cualquier objetivo.

Así, de ningún modo puede admitirse, por ejemplo, que sea justificada la muerte de una persona ni siquiera para salvar la vida de otras, porque cada vida es un absoluto y en ese caso cada persona tiene el derecho a conservar la propia sin que pueda considerarse mayor o menor la ofensa en razón del número de personas que se sacrifiquen y las que se salven. Las ofensas contra la vida no se evalúan contablemente, de modo que nunca es justificante la acción del Estado que da muerte a una persona que nada ilícito ha hecho para salvar a diez.

XXXV. LA NECESIDAD EXCULPANTE

El común acuerdo en la doctrina penal acerca de que una conducta típica y antijurídica bien puede no ser reprochable en el caso y circunstancias concretas, o sea, la diferencia entre lo antijurídico y lo reprochable, no podría dejar indiferentes a los futuros teóricos, puesto que lo que resulta meramente no reprochable no exime de consecuencias para el Estado, como las reparaciones entre otras, dado que el injusto de la infracción se mantiene.

El Estado, en razón de mera necesidad, es decir, fuera de la hipótesis de legítima defensa de terceros, no dispone de ninguna habilitación para matar, y nunca para torturar o cometer delitos de lesa humanidad que, en cualquier caso configurarían una conducta no sólo antijurídica sino también reprochable.

Pero si bien es más que obvio que nunca será exculpable que los funcionarios/órganos del Estado dispongan o toleren la comisión de delitos contra la humanidad, fuera de estos supuestos extremos se plantean situaciones acerca de las cuales los futuros teóricos deberán trabajar muy finamente, porque algunas podrían llevar a que la conducta, pese a ser típica y antijurídica, no le sea reprochable al Estado.

Se trataría de procurar soluciones replanteando en el derecho jushumano la necesidad exculpante del derecho penal, dado que las otras hipótesis de exculpación penal no son admisibles por la naturaleza del sujeto activo y de la materia.

La cuestión de las conductas de Estados que afectan derechos de terceros por necesidad fuera de las hipótesis de legítima defensa tradicionales, plantean justamente el problema de la reprochabilidad. Estos problemas en general no existen cuando se trata de bienes cuantificables y reparables, como sería el caso del derecho de propiedad, pues una menor lesión a un tercero se puede resolver como justificación, sin perjuicio del derecho del afectado a exigir reparación.

XXXVI. EL CASO LÍMITE

La cuestión más delicada tiene lugar en relación con el derecho a la vida, pues reproduce en el derecho jushumano el conocido caso del guardavía que, viendo avanzar los dos trenes de pasajeros en sentido contrario por la misma vía y a alta velocidad, ante la inminente colisión que provocaría una catástrofe de otro modo no evitable y con seguro resultado de cientos de muertos, desvía uno de los convoyes hacia una vía muerta, pero en la que están trabajando tres obreros que son arrollados. Sobre esto deberán reflexionar muy profundamente quienes ensayen la construcción de una teoría general de la infracción jushumana.

Insistimos en que las consideraciones aquí esbozadas únicamente aspiren a mostrar las principales dificultades que creemos que habrán de afrontar quienes emprendan la tarea de construcción dogmática de esa teoría.

Basta pensar que solamente el último interrogante que dejamos abierto daría lugar para muchas páginas de investigación, debido a la imbricación de cuestiones éticas y jurídicas que implica. En estas cuartillas sólo podemos dimensionar la magnitud de la tarea que con seguridad emprenderán las futuras generaciones de investigadores.