

SISTEMA PENAL, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y BIEN JURÍDICO AFECTADO. APROXIMACIONES PARA UN CAMBIO DE PARADIGMA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

JUAN LUCAS FINKELSTEIN NAPPI ¹

“El derecho es la libertad. La ciencia criminal, bien entendida, es, pues, el supremo código de la libertad...” (FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, t. I, prefacio, p. XIII).

“Les falta (...) carácter jurídico a todas aquellas leyes que tratan a los hombres como subhombres y le niegan derechos humanos...” (GUSTAV RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, p. 40).

I. PUNTOS DE PARTIDA

1. Desentrañar los límites del poder no es una tarea sencilla. La dialéctica constante entre el poder y la libertad sobre la cual nos habla Norberto

¹ Este trabajo fue leído y discutido —aunque aquí aumentado y corregido— en el seminario de cátedra “El sistema penal argentino de la última década del siglo XX. Análisis de sus transformaciones y continuidades”, del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA, a cargo del profesor Edmundo S. Hendler, en el mes de julio del año 2002. Quisiera dedicarlo enteramente a Daniel Rafecas, pues su generosidad a más de su infatigable paciencia para discurrir punto por punto sobre los temas aquí esbozados, han posibilitado que esta exposición sea mucho más rica de lo que sin su aporte hubiese sido. Así también, hago extensiva esta dedicatoria a mis compañeros de ayudantía en la comisión de Teoría del Delito y Sistema de la Pena (UBA) de la cual aquél es profesor adjunto. A todos ellos mi agradecimiento y afecto. Se imponen, pues, algunas aclaraciones adicionales. El trabajo que aquí se presenta constituye la síntesis de las reflexiones que, en punto a la teoría del bien jurídico he realizado hasta el mes de septiembre de 2002. Hoy, casi dos años después de tal fecha, esta primigenia elaboración se ha visto enriquecida por nuevas ideas que precisan y de algún modo aclaran —y corrigen— muchas de las soluciones que aquí se defienden. El haber podido abreviar en las fuentes normativas y doctrinarias de nuestro proceso constituyente originario, me han conducido a fortificar —y a ajustar— lo que aquí se postula, más allá de la elaboración y el agregado de nuevos principios que

Bobbio ² nos motiva a buscar caminos alternativos incardinados en un ejercicio discursivo asentado íntegramente sobre el Estado Constitucional de Derecho, como manera de enfrentarnos al ejercicio de poder, y así, de ese modo, tender hacia la conquista de mayores espacios de libertad. Son pocas las armas con las cuales cuenta el jurista para delimitar el campo de actuación del dominio de la fuerza, constituyendo la Constitución y su complejo de garantías individuales, uno de los pocos instrumentos existentes que pueden orientarse a tales fines.

Ésta y no otra debe ser la gran tarea que le incumba al estudioso, abogado ahora, no a la destreza legitimante de un *factum* extraño a su propia órbita, sino, antes bien, a desnudar las realidades de ese poder largamente idealizado ³.

La mala conciencia del buen criminólogo sobre la cual nos ilustra Massimo Pavarini no constituye, en nuestras actuales contingencias, ni siquiera una opción posible; tan sólo un ejercicio de obstinación teórica, de espaldas al mundo, y en lo que nos convoca, lejos de la realidad punitiva circundante ⁴.

El ejercicio de poder punitivo se ha vuelto insostenible. Frente a la ausencia de un discurso de legitimación coherente, sumado a las investigaciones desarrolladas en el ámbito de la criminología y de la sociología del castigo, el poder penal se halla en una encrucijada en virtud de la cual poco puede hacer para legitimar extrasistemáticamente las funciones instrumentales que tradicionalmente se le han asignado ⁵.

han precisado la contribución. Decidí, pues, no incluir esas nuevas reflexiones en este trabajo. Tómese como el retrato de una primera aproximación al problema, cuyo interés sigue despierto y que constituye la causa de nuevas indagaciones próximamente publicadas. Sin perjuicio de ello, algo debe quedar muy en claro: sigo creyendo fervientemente en la tesis de fondo que aquí he defendido. Sólo que se han perfeccionado —y aclarado— los caminos para llegar a ella. Puesto que como con toda lucidez dijo Karl Popper: “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien... la de descubrir problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, “Parte general”, 5ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998, I-3).

² Cfme. *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 21.

³ Cfme. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 20 y *passim*; 2ª ed., 2002, p. 21 y *passim*.

⁴ Cfme. PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI, México, 1999, ps. 171 y 172; ZAFFARONI, Eugenio R., “La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Ávila, Caracas, 1993, ps. 15 y ss.

⁵ En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*, ps. 101 y ss.; BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho*

Pero, y ello hay que dejarlo en claro, sólo estamos frente a un espejismo, esto es, frente a un complejo organizacional burocrático cuya función latente no reside en la solución de conflictos interpersonales, sino antes bien, en la realización de un ejercicio de fuerza; *un factum* orientado a la dominación de los cuerpos y de las almas ⁶. Dicho de otro modo: frente a la autoconstatación de la fuerza estatal, otrora dirigida a la obtención de beneficios económicos cuyos destinatarios eran una minoría discriminada (v.gr. los judíos en la Inquisición española ⁷) y que hoy día neutraliza las relaciones de horizontalidad (simpatía) con el resultado de fracturar a la sociedad, y de ese modo, producir dominación más fácilmente ⁸.

Desde esta perspectiva encararemos el análisis que de seguido efectuaremos.

II. A MODO DE INTROITO

1. La administrativización del poder punitivo y su correlato directo (aunque no necesariamente implicado), esto es, el crecimiento inusitado en materia de delitos de peligro desprovistos de todo criterio de lesividad individual, es la característica central que tipifica desde hace ya muchos decenios al poder penal ⁹.

Acciones punibilizadas primariamente cuyos resultados importan la mera puesta en peligro de algún “bien jurídico” espiritualizado, y para peor,

penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica, p. 49, para quien: “la legitimación instrumental de los sistemas punitivos ha llegado en efecto (...) a una crisis irreversible...”, ambos en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995.

⁶ Cfme. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1989, ps. 238 y ss.

⁷ Cfme. DÍAZ PLAJA, Fernando, *La vida cotidiana en la España de la Inquisición*, Edaf, Madrid, 1996, p. 18 y *passim*. Quizás el autor pionero en destacar esta finalidad no declarada de las persecuciones religiosas haya sido John LOCKE en el año 1689. Cfme. “Carta sobre la tolerancia”, en *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, trad. de Alfredo Juan Álvarez, Grijalbo, México, 1970.

⁸ Cfme. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho...*, cit., 1ª ed., ps. 17 y ss.; FOUCAULT, Michel, “Entrevista sobre la prisión: el libro y su método”, en *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela *et al*, La Piqueta, Madrid, 1992, ps. 95 y ss.

⁹ En forma resumida sobre el problema, aunque contundente al respecto: MOCCIA, Sergio, “Aporías normativas en materia de control penal de la criminalidad económica. La experiencia italiana”, en *Crimen y Castigo*, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 162 y ss.; del mismo autor, “Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n° 2, 1995, ps. 343 y ss. La administrativización y el peligro abstracto como consecuencias de un mismo proceso de volatilización en FIANDANCA, Giovanni - MUSCO, Enzo, “Perdida di legittimazione del Diritto Penale?”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n° 1, 1994, ps. 28 y ss.

estatizado, en las cuales el daño como elemento central del delito brilla por su ausencia; objetivizaciones por doquier, en suma: desobediencias a la administración, constituye el repertorio central que hoy nutre a nuestros amplificados e inflacionarios catálogos penales; funcionando ello tan sólo como una mera respuesta simbólica frente a las emergencias creadas por el propio poder para, de algún modo, autolegitimar su imperancia como agente de resolución de conflictos bajo el influjo de alguna función instrumental extrasistemática que, a esta altura de las circunstancias, se muestra difícil de justificar ¹⁰.

La idea de riesgo, de peligro inminente y desde el aspecto teórico, el uso perverso del concepto de bien jurídico (“tutelado” por oposición a afectado) han coadyuvado a la legitimación de estas respuestas emitidas unilateralmente por un espectro del poder (legislación), las cuales, en mayor o menor medida, lesionan de forma particularmente grave e irreversible, quizás, el bien jurídico de mayor importancia en pos de garantizar vuestros espacios de libertad, esto es, el principio de ofensividad positivizado en el artículo 19 de la Constitución Nacional ¹¹.

La pretendida “protección” de bienes jurídicos (en desmedro de la afectación) implica la amplificación del campo de lo punible hacia cualquier situación que antojadizamente el poder punitivo eligiese discrecionalmente, puesto que si éste ofrece una tutela efectiva en punto a determinados entes, se hace menester extender sus aspiraciones defensivas, lo cual ha hecho posible no tan sólo la cooptación de situaciones problemáticas interindi-

¹⁰ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, ps. 9 y ss.; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, ps. 23 y ss.; PAUL, Wolf, *Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico*, ps. 111 y ss., todos ellos en *Pena y Estado...*, cit.; con especial referencia a su utilización perversa en el marco de la “criminalidad ambiental”, MÜLLER TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, en A.A.V.V., *La insostenible situación del derecho penal. Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona*, n° 15, Comares, Granada, 2000, ps. 523 y ss. En punto a la idea de “emergencia” como criterio de legitimación vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en A.A.V.V., *Las trampas del poder punitivo*, Biblos, Buenos Aires, 2000, ps. 24 y ss.; RAFECAS, Daniel Eduardo, *Reforma a los delitos contra la propiedad (ley 24.721): discurso de emergencia, desprecio por la legalidad penal y criminalización de la pobreza*, trabajo presentado en el seminario “El sistema penal argentino de la última década del siglo XX. Análisis de sus transformaciones y continuidades”, a cargo del Dr. Edmundo Hendler, el día 29 de mayo de 2002, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2003-A, ps. 215-229.

¹¹ Cfme. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 463 y ss.; 2ª ed., ps. 486 y ss. Una crítica a la apelación a la “sociedad de riesgo” como criterio de racionalización en ALBRECHT, Peter Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV., *La insostenible...*, cit., ps. 474 y ss.

viduales, sino también, la invención de falsos conflictos de carácter estrictamente normativo ¹².

Como ya lo hemos puesto de resalto, no otra cosa nos demuestra el crecimiento desmesurado que en los últimos tiempos se ha operado en materia de delitos de peligro abstracto, en los cuales no se advierte la presencia de una contraposición de intereses entre personas concretas, sino por el contrario, un mero choque de un individuo contra determinada pauta —moralizante o de otro carácter— de naturaleza estatal, desprovista de toda lesividad individual (principio de daño) ¹³.

2. En virtud de lo expuesto, y frente al proceso de desmaterialización ya explicitado, deberemos incorporar ineludiblemente a nuestro análisis una institución emergente de la propia imperatividad constitucional, hoy tan sólo reservada a los magistrados, la cual posibilitará ejercer un efectivo contralor sobre la normología e instituciones creadas dentro o por fuera de ella, además de coadyuvar de modo harto eficaz en el comienzo de este proceso de deslegitimación continuo que mitigue las prácticas punitivas de mayor contenido violento, esto es: *el control de constitucionalidad*.

Apoyados sobre el control de constitucionalidad y asumiendo al Estado Constitucional de Derecho como el marco institucional al cual debemos tender progresivamente, intentaremos esbozar una visión interpretativa alternativa en derredor de una de las instituciones que consideramos, es la

¹² Ello, quizás, consecuencia del virtual triunfo de las concepciones inmanentistas inauguradas modernamente por Karl Binding, y luego retomadas por todo el normativismo. Sobre ello, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, ps. 14 y 15.

¹³ Advierten esta situación, destacando que ello es expresión de un “moderno” derecho penal, no obstante establecer algunos elementos limitadores: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 322. En el mismo sentido, aunque sin demasiados confines: ESCRIVA GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en el derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 13; una crítica al peligro abstracto por considerarlo desprovisto de bien jurídico en Bustos Ramírez, Juan, *Bases...*, cit., p. 82; su transformación en delitos de lesión mediante la creación de “bienes jurídicos anticipados” en JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, trad. por Enrique Peñaranda Ramos et al, Civitas, Madrid, 1997, p. 293; como manifestación de un “derecho penal simbólico”, HASSEMER, Winfried, *Derecho penal...*, cit., p. 36; admitiéndolos como válidos y llegando a sostener la imposibilidad de probar el peligro en el caso concreto, en virtud de la “estadística” en MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., P.P.U., Barcelona, 1998, p. 210; justificándolos sobre la base de una anticipación de la “tutela”, cfr., por todos: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, Universitas, Madrid, 1996, p. 313; en general: WESSELS, Johan, *Derecho penal. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 9; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945, ps. 280 y ss; una amplia crítica enfatizando en que su legitimación implica partir desde una óptica acrítica y altamente racionalizante del *statu quo*, a más de destacar la degradación sufrida por el principio de lesividad en virtud de su imperancia, en MÜLLER TUCKFELD, Jens Ch., cit., p. 511 y *passim*; por la inconstitucionalidad, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 468 y ss.; 2ª ed., ps. 491 y ss.

médula primordial en pos de producir cambios sustanciales en las realidades penales, a saber: la noción de *bien jurídico*, entendido aquí como manifestación directa del principio de lesividad constitucional ¹⁴.

Desde esta perspectiva, intentaremos trazar algunas líneas maestras con arreglo a las cuales poder brindar una respuesta frente a este fenómeno, cuyos efectos, creemos, serán decisivos a la hora de confinar jurisdiccionalmente las intenciones del poder por amplificar su dominio y, de esa manera, coartar ilegítimamente los espacios de libertad infranqueables.

Antes de ensayar una respuesta, se muestra útil referirnos brevemente a la evolución histórica operada en el marco de interpretación del principio de lesividad y su correlato directo: la teoría del bien jurídico afectado, para luego de ello, abocarnos de lleno a su intento de reformulación, tomando como punto de referencia el clarificador axioma de Gilles Deleuze, según el cual: “la teoría está por naturaleza en contra del poder ¹⁵”. Así lo dejaremos sentado.

III. RECENSIÓN HISTÓRICA

1. El bien jurídico como categoría lógica esencial para determinar la existencia de tipicidad penal ha transitado por diversos estadios históricos. Se le atribuye la invención del concepto a J.M.F. Birnbaum, quien en un artículo publicado en 1834 introdujo dicha noción ¹⁶. Sin perjuicio de lo dicho, otras voces destacan que fue merced a Karl Binding que dicha noción adquirió trascendencia en el mundo jurídico, puesto que si este último no la hubiese mencionado en su teoría de las normas, la misma con seguridad hubiese quedado huérfana de toda relevancia ¹⁷.

¹⁴ Expresa la necesidad de reformular la teoría del bien jurídico a los efectos de entronizarla como medio de crítica social: BERGALLI, Roberto, “Introducción”, en AA.VV., *Poder y control. Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, n° 0, P.P.U., Barcelona, 1986, p. 74. En el sentido indicado: FERNÁNDEZ, Gonzalo, “Bien jurídico y sistema del delito”, en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 418. Lo considera exagerado: ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, 8ª ed. al cuidado de Luigi Conti, Temis, Bogotá, 1988, p. 125. Decididamente en contra por considerarla manifestación de una “perimida política criminal”: JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en CDyJP, n° 11, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 23 y ss.

¹⁵ Cfme. FOUCAULT, Michel, *Un diálogo sobre el poder*, trad. de Miguel Morey, Alianza, Buenos Aires, 1995, p. 10.

¹⁶ Cfr. *Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en *Archiv des Criminalrechts*, N.F., XV, 1834, ps. 149 y ss.

¹⁷ Así: AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und schutz der gesellschaft*, Francfort del Meno, 1972, p. 45, *apud* ESER, Albin, “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, en CDyJP, n° 7, Ad-Hoc, 1997, p. 30, nota 31; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases...*, cit., p. 68, nota 12.

Desde su génesis a esta parte mucho se ha escrito en punto a su naturaleza, mas su carácter limitador originario ¹⁸ se ha perdido con el correr de los tiempos, puesto que la asignación de funciones positivas al sistema penal, enfatizando en su supuesta eficiencia para combatir la “delincuencia” han relativizado de modo intolerable sus límites, lo cual ha permitido categorizar como “bien jurídico tutelado” cualquier tipo de valor ideal o espiritual desnaturalizando, como consecuencia de ello, el requisito de la lesión concreta como elemento esencial a los efectos de la tipificación y del juicio de tipicidad ¹⁹.

En verdad, no es posible hallar la existencia de un concepto de bien jurídico como tal, sino en épocas históricas relativamente recientes, puesto que, como ya hemos afirmado, fue recién en 1834 cuando J. M. F. Birnbaum introdujo la conceptualización en una monografía publicada en Alemania.

No obstante ello y prescindiendo de una denominación homogénea, en cada una de las etapas por las cuales ha transitado la historia punitiva se ha requerido a los efectos de la tipificación y del juicio de tipicidad, la existencia de un objeto sobre el cual recayera la conducta dañosa ²⁰.

En la antigüedad y con anterioridad a la génesis de los estados centralizados en el siglo XII europeo, el delito tan sólo era entendido como la mera afrenta a los derechos de una persona concreta (daño) ²¹.

El delito así comprendido es propio de estas épocas, en las cuales aún hallándonos en una etapa histórica premoderna, la persona humana y la colectividad (no en sentido totalitario), ocupaban un sitio de preferencia en la organización del poder.

Es por dicho motivo que, como correlato de considerar a la acción delictual como lesión de un derecho individual, imperaba a los efectos de establecer la veracidad de la imputación en punto a la existencia del delito, el sistema procedimental denominado “acusatorio material ²²”.

¹⁸ Si bien luego demostraremos que el propósito perseguido no ha sido ese, sino antes bien todo lo contrario. No obstante ello y efectuando estas salvedades, puede postularse que aún así, originariamente fue un concepto limitador, aunque parcialmente legitimante.

¹⁹ Detalles sobre este proceso en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2000, ps. 467 y ss.

²⁰ Luego haremos una concreta referencia al tratamiento asignado al objeto de afectación por la filosofía política liberal decimonónica. Aclaremos que la referencia al juicio de tipicidad es meramente metafórica, pues la teoría del tipo fue introducida a la dogmática penal, por Ernst Beling, recién en 1906.

²¹ Cfme. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1998, ps. 66 y 83.

²² Sobre las características que lo tipifican vid. MAIER, Julio, B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 24-26; FOUCAULT, Michel, *La verdad...*, cit., ps. 63 y ss.

En él, y aquí pasando por alto la diferenciación que presenta según los diversos países en los cuales imperó, tan sólo el “ofendido” o su clan podían instar la persecución penal en aras de obtener la reparación por el hecho dañoso cometido.

Con el advenimiento de la Inquisición (siglo XII) los fenómenos de poder se transformaron. El individuo pasó de ser un sujeto libre en derechos para convertirse en un mero súbdito al servicio de los intereses estatales dominantes (verticalización).

Nació el poder punitivo informado por los principios provenientes del derecho romano canónico y se entronizó como el gran instrumento de control societal, del cual el aparato estatal se servía a los efectos de producir dominación y control (panoptismo social) ²³.

La estatalidad se ubicó por sobre la individualidad. Como consecuencia de ello, el rey o el papa adquirieron una trascendencia inusitada, y con eso y en lo que aquí nos interesa, el concepto de delito se transformó radicalmente ²⁴.

De la lesión del derecho, advino la concepción con arreglo a la cual la conducta delictiva descansaba en la mera desobediencia hacia la paz del monarca (*crimen lease majestatis*). Todo delito perdió materialidad individual, pues la voluntad omnímoda del rey, normativizada en el catálogo punitivo devino dominante. La confusión entre los conceptos de delito y pecado era la característica tipificante de este sistema.

Eran tiempos de persecución hacia la disidencia y cuyas características salientes se cristalizaron en el *Malleus Malleficarum* de los inquisidores Kramer y Sprenger y en el Manual del Inquisidor de Nicolau Eymerich ²⁵.

El poder punitivo se afianzó con toda su crudeza. Frente a ese estado de cosas, las respuestas por parte del humanismo tardaron en llegar (por los peligros que ello implicaba), pero finalmente se instalaron.

El iluminismo dieciochesco encarnó ese afán transformador, intentando introducir límites certeros en contra de aquel brutal ejercicio de poder.

Sin perjuicio de ello, lamentablemente esta humanización tan sólo se materializó en el discurso previo a la Revolución Francesa, puesto que la finalidad de alcanzar el poder, por el puro ejercicio del mismo, se ha dejado

²³ Sobre ello, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 249-261; BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMAZABAL MALLARE, Hernán, “Pena y Estado”, en *Papers: Revista de sociología*, nº 13, Barcelona, 1980, ps. 99 y ss., también reproducido en *Bases críticas*, cit., p. 115 y ss.

²⁴ Cfme. FOUCAULT, Michel, *La verdad...*, cit., p. 83.

²⁵ Cfme. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 258 y ss.; DÍAZ PLAJA, Fernando, *La vida cotidiana...*, cit., *passim*.

traslucir con el afianzamiento de la ideología bonapartista en la Francia decimonónica ²⁶.

Pues bien, el iluminismo encarnó esa transformación. La neta separación entre el derecho y la moral constituyó su objetivo primario, y en lo que hace al objeto de este trabajo, la noción de lo que por delito debía entenderse sufrió una mutación radical.

Tomaremos como hitos indiscutibles de esta mutación, y siempre en el campo del derecho penal a las obras de Paul Anselm von Feuerbach y Francesco Carrara ²⁷.

Ambos predicaron un discurso alternativo al dominante, introduciendo, más el primero que el segundo, la tesis del derecho subjetivo como objeto de la acción lesionado por el delito ²⁸.

Feuerbach definió al delito como la lesión de la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales. Asimismo sostuvo que quien excedía los límites de esa libertad jurídica cometía una lesión jurídica o injuria ²⁹.

²⁶ En torno a los aspectos políticos de la Revolución Francesa puede consultarse PELLET LASTRA, Arturo, *El Estado y la realidad histórica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 59-73. Sobre sus características económicas, SOBOUL, Albert, *La Revolución Francesa*, Orbis, Buenos Aires, 1981, *passim*.

²⁷ Cfme. *Tratado de derecho penal*, trad. de E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989; *Programa del curso de derecho criminal desarrollado en la Real Universidad de Pisa por el Profesor Francesco Carrara*, t. I, v. I, trad. de la 10ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1925. Sin por ello olvidar a la de Cesare Beccaria, y en el campo de la filosofía política los aportes que a tal fin han brindado autores como Wilhelm von Humboldt y John Stuart Mill, para quienes tan sólo las conductas que dañaban a terceros podían ser legitimamente prohibidas en el modelo de Estado por ellos construido teóricamente; esto es, en el cual la función primordial cumplimentada por aquél estribaba en el otorgamiento de seguridad interna y externa a los ciudadanos. Como puede advertirse de lo expuesto, y a contrario de los autoritarismos, el hombre se consagraba en dichos paradigmas como el centro sobre el cual giraba toda la construcción. Cfr. *Los límites de la acción del estado*, trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1988, p. 122 y *passim*; *Sobre la libertad*, Diana, México, 1965, *passim*. Desde un punto de vista opuesto se hallaba Jean-Jacques ROUSSEAU, pudiendo encontrar en su planteamiento el germen de lo que posteriormente se conocerá como organicismo, con arreglo al cual todo debía subordinarse a una idea abstracta y transpersonal de "voluntad general", entendida como un concepto totalizante colocado en un sitio superior a cualquier interés humano real. Cfr. *El contrato social*, trad. de María José Villaverde, Altaya, Barcelona, 1993. No obstante ello, encontramos en esta obra una referencia a la ofensividad, cuanto menos en su penúltima página (p. 138, nota 17), con cita del Marqués D'Alembert.

²⁸ Cfme. FEUERBACH, cit., p. 64. Sobre ello: GÜNTHER, Klaus, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?", en AA.VV., *La insostenible...*, cit., ps. 489-493; MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 333; JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 232; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, cit., p. 468.

²⁹ Cfme. *Tratado*, cit., p. 64.

A su turno, Carrara conceptualizó al delito como “un ente jurídico porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho”³⁰.

Como podemos advertir, el derecho penal encontró en estos autores amplias limitaciones en punto al campo de lo punible.

La estrechez del concepto de *crimen*, correctamente incardinada en la instauración de un discurso de garantías negativas mínimas, posibilitó limitar de forma contundente al sistema penal, aunque, vale decir, que desde una perspectiva legitimante del mismo.

Sin embargo, este esperanzador pensamiento ilustrado, producto de la inauguración de un primigenio garantismo no tardó demasiado en ser desbaratado. El delito entendido como lesión de derechos subjetivos fue abandonado a partir de 1834 (y consolidado posteriormente con Binding), por el más amplio entendimiento del menoscabo del “bien jurídico”.

Las razones esgrimidas para ello estribaron en una pretendida estrechez conceptual del derecho subjetivo para abarcar la punición de determinados estados morales o espirituales³¹.

Toda idea de limitación fue perdiéndose a costa de los principios negativos mínimos y de la regla de ofensividad a terceros ya consolidada, y luego positivizada en toda constitucionalización³². Bajo el argumento de la tutela se creyó “necesario” amplificar el campo de lo punible a los efectos de posibilitar la “defensa” de más y mayores bienes.

El oscurecimiento comenzó con el hegelianismo y luego se trasladó al normativismo de Binding, en el cual el delito perdió todo substrato material para convertirse nuevamente en la infracción a una norma moral de determinación (decálogo) antepuesta al tipo legal³³. Como se advierte de lo di-

³⁰ CARRARA, cit., prefacio, p. XIII.

³¹ En el sentido indicado hace notar LUZON PEÑA, Diego, cit., p. 326 que: “se escoge el término bien jurídico para indicar que se designa algo más amplio que el concepto de derecho o de derecho subjetivo”. De igual modo, aunque efectuando una clara valoración al respecto, MAURACH - ZIPF, cit., p. 333: “Sólo después de numerosos procesos de aclaración ella [la teoría del bien jurídico] logró zafarse del carácter material y extremadamente individualista, que tanto le dificultó su aceptación en el derecho penal”. Sobre los motivos que llevaron a Birnbaum a proponer una categoría de mayor amplitud “tutelar” puede consultarse: GÜNTHER, Klaus, cit., p. 494 y ss.; brevemente JESCHECK, Hans Heinrich, cit., ps. 232-233.

³² Es de destacar que la primigenia consagración normativa de la lesividad se cristalizó en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, arts. 4º y 5º.

³³ Sobre el pensamiento de Binding vid. KAUFFMAN, Armin, *Teoría de las normas*, Depalma, Buenos Aires, 1977, *passim*; de forma breve BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 232; BUSTOS RAMÍREZ, Bases..., cit., ps. 14 y ss.; desde otra perspectiva y con especial referencia a quienes deben ser considerados como los destinatarios de las normas estatales: MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. por José Luis Guzmán Dalbora, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 167 y ss., y *passim*.

cho, el bien jurídico entendido como un mero objeto ideal o corporizado en una norma abstracta desprovista de cualquier titularidad humana, implicó retomar las bases de la Inquisición.

De algún modo y frente a ello, se alzó Franz von Liszt, dirigiendo una crítica sustancial al concepto bindigniano de delito ³⁴. Liszt adoptó un concepto de bien jurídico entendido como interés social o individual jurídicamente protegido, al igual que Von Ihering lo hizo en punto al derecho subjetivo ³⁵. Con ello se intentó apaciguar, de alguna manera, el proceso de despersonalización del cual el objeto de ataque del delito estaba siendo víctima.

De la lesión del derecho subjetivo de Feuerbach a la infracción a la norma de Binding, o a la voluntad racional estatal de Hegel ³⁶. Recordemos que algo similar había sucedido en el tránsito de la antigüedad al absolutismo (Inquisición).

Lamentablemente, y como producto de la fuerte influencia de Binding, el concepto de bien jurídico se despersonalizó definitivamente. El Estado se erigió en el "titular", y con ello en garante de dichas normas de determinación, con lo cual el sujeto afectado devino en una mera señal habilitante de poder ³⁷.

Esta tendencia se vio consolidada en Europa merced al normativismo ético welzeliano —en el cual el derecho y la ética se hallaban confundidos, cumpliendo el primero la función de tutelar (renormalizar) los valores de acción ético-sociales fundamentales (comportamientos conformes a la ética ³⁸) lesionados a raíz de la comisión del ilícito—, y al autoritarismo de

³⁴ Cfme. VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, trad de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, Reus, Madrid, 1927, p. 4, nota 1: "El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de la vida de la comunidad humana jurídicamente organizada". Sin perjuicio de ello vale de aclarar que la sistemática de este autor, en modo alguno era liberal.

³⁵ Cfme. VON LISZT, Franz, cit., ps. 2 y ss.

³⁶ Sobre este proceso vid. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., p. 463, nota 5 y la copiosa bibliografía allí citada.

³⁷ Cfme. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., p. 219 y *passim*.

³⁸ Y con ello el concepto de bien jurídico pasó a ocupar un lugar meramente contingente, subordinado a la etización perseguida con la aplicación de la pena. En este sentido, el objeto afectado pasó a ser la norma ético social deducida del tipo, constituyendo el bien jurídico un instrumento de segundo orden. Cfme. *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 1970, ps. 11 y ss.; "Derecho y ética", en *Revista Argentina de Ciencias Penales*, nº 5, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, ps. 13 y ss.

Edmund Mezger ³⁹ y Arturo Rocco, luego adoptado y radicalizado por la Escuela de Kiel alemana ⁴⁰.

En las corrientes enunciadas, la noción de desobediencia al Estado (infracción del deber) era la característica primordial sobre la cual se asentaba la fundamentación del ilícito. Quien “delinquía” no dañaba a otro, sino que, por el contrario, desobedecía a un mandato estatal, impuesto coactivamente mediante la formulación de los tipos ⁴¹.

Ello ha conducido a subjetivizar de forma radical el propio substrato del injusto, prescindiendo del elemento central requerido por las concepciones liberales, esto es, el resultado lesivo concreto. Por el contrario, con la infracción a una pauta ya era suficiente para tener por configurada, si bien con las excepciones del caso, la tipicidad objetiva ⁴².

2. No obstante la Segunda Guerra Mundial, la constitucionalización y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el concepto de bien jurídico individual y el principio de ofensividad fueron abandonados casi por completo en Europa —y como consecuencia de ello en América—. Los autores de posguerra radicalizaron el peligro abstracto; proceso que llega hasta el día de hoy ⁴³.

Sin perjuicio de ello, vale decir que las tendencias individualizadoras, las cuales importan un regreso a un concepto de bien jurídico de naturaleza

³⁹ Quien bregaba por una total y decidida espiritualización de los bienes jurídicos, en detrimento de un concepto material de los mismos. Cfme. *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de Conrado Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, p. 155.

⁴⁰ Cfme. GÜNTHER, Klaus, cit., ps. 497 y ss.; sobre el pensamiento de Rocco en torno a la titularidad de los bienes jurídicos ver ANTOLISEI, Francesco, cit., p. 123. En punto a la vinculación directa de MEZGER con el nazismo vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)”, en Edgardo Donna (comp.), *Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales*, 2001-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 665 y ss.

⁴¹ Expresamente en MAGGIORE, Giuseppe, *Diritto...*, cit., vol. I, t. II, p. 680, apud FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, cit., p. 514, nota 39. Así: “El estado castiga al delincuente (...) porque (...) con su acción criminal, desobedece las leyes del estado, lo hiere en su dignidad y autoridad, falta al deber de fidelidad”, destacado agregado. En idéntica senda: ANTOLISEI, Francesco, cit., p. 119: “es delito aquel comportamiento humano que, a juicio de legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)”.

⁴² No otra cuestión diferente implicó la sustentación autónoma de la teoría del disvalor de acción como fundamentación del ilícito. Sobre ello, críticamente, JUAREZ TAVARES, E. X., *Teorías del delito. Variaciones. Tendencias*, trad. de Nelson Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, ps. 70 y ss.

⁴³ Vid. ut supra nota. 13. Adde. NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en AA.VV., *La insostenible...*, cit., ps. 63-67. En el sentido criticado se manifiesta KUHLEN: “los delitos de peligro abstracto están muy arraigados y son irrenunciables en la práctica”, añadiendo que no debe subestimarse su ‘utilidad’ en un mundo de peligros”, apud MÜLLER TUCKFELD, Jens Christian, cit., p. 511, destacado en el original.

individual ⁴⁴ (asumiendo a tal fin a la Constitución y al principio de ofensividad) están haciéndose oír ⁴⁵, como respuesta a un retorno descarnado al normativismo hegeliano en versión funcionalista sistémica.

Günther Jakobs encarna esta última corriente, dirigiendo una crítica sustancial al propio concepto de bien jurídico, en virtud de considerarlo parte de una “política criminal anticuada y peligrosamente autoritaria ⁴⁶”. Su construcción descansa en que el delito no debe entenderse como la lesión de un bien jurídico individual o colectivo, sino antes bien, como la defraudación a la expectativa normativizada en el tipo penal de que se trate. Es decir que la acción punible no importa primordialmente el daño a otro, sino un mero quebrantamiento al deber de fidelidad al derecho del cual todo “ciudadano” es portador.

Aquí el sistema adquiere primacía por sobre la persona humana, deviniendo esta última en un mero objeto mediatizado al servicio de las aspiraciones estatales. La prescindencia del concepto óntico de persona ha conducido a Jakobs a negarle calidad humana a los esclavos, como así también, a quienes se alejen demasiado de las normas estatales, es decir, a quienes intenten asumir como propio “un contraproyecto de sociedad” ⁴⁷.

⁴⁴ Llegando algunas de ellas a la posición liberal originaria; esto es, a la equiparación de los bienes jurídicos con los derechos subjetivos.

⁴⁵ Particularmente en Italia de la mano de Ferrajoli, Baratta, Mantovani, Marinucci, Dolcini y Moccia, entre muchísimos otros. En Alemania mediante la Escuela de Frankfurt. A tal fin confrontar los trabajos que sobre el punto se encuentran en *La insostenible situación del derecho penal* ya citada. En Argentina a través de Zaffaroni, etc. Desde una óptica “tutelista” se muestra crítico en punto al individualismo de Frankfurt, SCHÜNEMANN, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en CDyJP, n° 1 y 2, Ad-Hoc, 1996, ps. 20 y ss.

⁴⁶ Cfme. *¿Qué protege...?*, cit., ps. 24 y 25; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras et al, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 55-60. En la misma senda SANCINETTI, Marcelo A., *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, en especial ps. 25 y ss., quien esboza similares críticas en punto a la tesis “tutelar”, a más de brindar otros argumentos críticos; todos ellos incardinados en puntos de partida de naturaleza preventivista.

⁴⁷ Cfme. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, 1996, ps. 29 y 50. Una crítica a esta tesis, focalizando en su controvertido —e inconstitucional— concepto de culpabilidad en RAFFECAS, Daniel E., “Crítica actual al concepto funcionalista sistémico de culpabilidad”, en CDyJP, n° 11, Ad-Hoc, 2001, ps. 461 y ss. Por todo lo expuesto, consideramos acertadas las opiniones con arreglo a las cuales se sostiene que el funcionalismo sistémico poco tiene que envidiarle al viejo organicismo, cfme. DON MARTINDALE, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madrid, 1979, p. 544, apud ZAFFARONI, Eugenio R., *La crítica.....*, cit., p. 17, nota 7; ANDRE, Jean A. - FARIÑAS DULCE, María J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, ps. 142 y ss. Quizás el autor pionero en destacar la analogía entre el estructural funcionalismo y el organicismo haya sido Ralf DAHRENDORF al promediar la década del '50. A tal fin consultar su obra *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, trad. de José Jiménez Blanco, Tecnos, Madrid, 1966, *passim*.

En otro orden de ideas, el autor citado deja en claro que la dicotomía: lesión de bienes jurídicos vs. infracción moral no posee validez alguna, puesto que en determinadas oportunidades el legislador (racional) considera apropiado “proteger” algunos estados morales, sin que por ello dicha tesitura devenga ilícita ⁴⁸.

Otra de las “modernas” premisas sobre las cuales se asienta esta concepción, es la que considera a los “bienes jurídicos” como creaciones puramente normativas, criticando de forma particularmente dura a la opinión generalizada en virtud de la cual los bienes jurídicos no son inventados por el derecho penal, sino que provienen desde otras ramas del ordenamiento, aunque de la realidad social ⁴⁹.

Jakobs considera —al igual que Binding y Rocco— que es la propia ley penal la que crea el interés, puesto que el “objeto de protección” ya no constituirá aquí, el derecho de una persona concreta, sino la aspiración estatal de obtener obediencia hacia sus propias “normas” (sistema). Frente a la irrespetuosidad normativa (deslealtad) aparece la pena, restableciendo —al igual que acontecía en la tesis hegeliana— la confianza de los “súbditos” en la vigencia de la norma sistémica vulnerada a raíz de la comisión del ilícito (fines comunicacionales o simbólicos) ⁵⁰.

Ello es tan así, que ha llevado al autor mencionado a postular que en determinadas circunstancias (crisis de legitimación e inestabilidad normativa) las figuras “protectoras” de “climas favorables al Derecho” (*sic*) se encuentran legitimadas; por poner un ejemplo, el tipo de recompensa y aprobación de delitos (d 140, C. P. alemán), en el cual la prohibición persigue

⁴⁸ Cfme, *¿Qué protege...?*, cit., p. 32.

⁴⁹ Este punto de partida nos conduce a la vieja polémica entre VON LISZT y BINDING, enrolándose cada uno de ellos, respectivamente, en posiciones trascendentales e inmanentistas en torno a la naturaleza de los bienes jurídicos. Sobre ello, por todos, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases...*, cit., ps. 14 y ss.

⁵⁰ Cfme. TERRADILLOS BASOCO, Juan, cit., p. 15; ALCACER GUIRAO, Rafael, “¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?”, en CDyJP, n° 11, Ad-Hoc, 2001, ps. 296 y ss. En el mismo sentido que JAKOBS, se expresa en nuestro medio, SANCINETTI, Marcelo A., cit., ps. 23-28. Así: “el valor comprometido no es la vida de X, o el cristal de Y, sino el mandato de respeto a la vida o a la propiedad, de X, Y y Z. Lo decisivo es, entonces, reafirmar el valor de la norma que prohíbe la conducta respectivamente desviada, no proteger un objeto...”, p. 25. Una crítica sustancial a esta posición, a la cual adherimos *in totum* en MÜLLER TUCKFELD, Jens Ch., cit., p. 530: “esta reflexión va más allá de la problemática que ineludiblemente comporta toda forma de prevención general, es decir, que se deban sacrificar víctimas humanas para intimidar o reafirmar la norma y que sea realmente posible la formación de conciencias mediante juicios ejemplares”. Un análisis esquemático en torno a la función de la pena en el funcionalismo en RIGHI, Esteban, *Teoría de la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 39 y ss.

desarticular “faltas de respeto al orden jurídico” ⁵¹ (!). No obstante ello, se advierte por parte de Jakobs una crítica (algo dual) hacia este tipo de subjetivizaciones ⁵². Así: “En un estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano *también* tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit en libertades. Son tanto antes necesarios cuanto más frágil es en realidad la legitimación del Derecho penal, pues se la puede atacar de modo tan persuasivo” (!) ⁵³.

Refutando la tesis “tutelar”, Jakobs sostiene que: “si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse *cualquier* orden normativo, sin consideración de su contenido, por medio del derecho penal; el derecho penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico”.

“Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la teoría del bien jurídico que con la de la protección de normas: también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida *político*, no científico. No hay nada más que decir al respecto ⁵⁴”.

Creemos, a contrario de Jakobs, que aún hay mucho para decir a este respecto. A lo largo del desarrollo de la presente exposición nos ocuparemos expresamente de dejar en claro la dudosa constitucionalidad de las opiniones del autor, a más del decidido sentido autoritario que las informa.

Por el momento y más allá de las objeciones de las cuales sean tributarias ambas concepciones, diremos que la tesis de Jakobs al relegar el papel de la crítica a una mera instancia de corte político, obliga al jurista y al

⁵¹ Cfme. *Criminalización...*, cit., p. 319. El artículo 140, C.P.A., reza que: “será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa quien: 1. Recompense o 2. Apruebe públicamente, en una reunión o por medio de la difusión de escritos (...) de una forma adecuada para perturbar la paz pública, uno de los hechos antijurídicos mencionados en [omissis], después de que hayan sido cometidos o intentados de un modo punible”, *apud* JAKOBS, Günther, *op. ult. cit.*, ps. 318 y 319, nota del traductor.

⁵² Cfme. *idem*, ps. 319-324.

⁵³ Cfme. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 60, destacado agregado.

⁵⁴ Cfme. *¿Qué protege...?*, cit., ps. 37 y 38, destacado en el original. De algún modo esta es la tesis sustentada por SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 21, para quien el principio de ofensividad no posee raigambre constitucional, sino que se erige tan sólo en un mero criterio de política criminal.

nales y supranacionales que en la actualidad nos rigen. Por el momento es la única arma de la cual podemos valernos para dichos fines.

La asunción del Estado Constitucional de Derecho y la aceptación de la crítica *ius* humanista como los vehículos imprescindibles a los efectos de la limitación nos han conducido a cuestionar determinadas verdades reveladas en punto al bien jurídico, algunas de ellas contrarias de modo escandaloso a la Constitución y a los instrumentos con su misma jerarquía.

El continuar atados al estado legal de derecho, racionalizando instituciones “jurídicas” lesivas de vuestra Carta Magna, todo ello en función de la supuesta eficiencia del sistema penal en la “tutela” de los bienes jurídicos (o en una pretendida omnipotencia legislativa), constituye a estas alturas, a más de una funesta idealización de la realidad, un ejercicio teórico contrario a los compromisos internacionales, o peor aún: un peligroso apego a una fantasía informada de todo tipo de antijuridicidades, las que de algún modo u otro continuarán haciendo sumar muertes, víctimas todas ellas de una letal medusa de mil cabezas: el poder punitivo estatal.