

ARTICULO

Revista Derecho - Año 2 edición 3: 23 - 40

Web: <http://www.revistaderecho.pe> E-mail: editorial@revistaderecho.pe

ISSN 2313-6944

APUNTES SOBRE EL BIEN JURÍDICO: FUSIONES Y (CON)FUSIONES*

*Eugenio Raúl Zaffaroni***

INFORMACIÓN DEL ARTICULO

Art. Recibido: 14/01/16
Art. Aceptado: 03/06/16
Art. Publicado: 18/12/18

PALABRAS CLAVE:

Bien jurídico
Tutela penal
Lesividad penal
Garantismo penal

RESUMEN

El autor asumiendo una postura agnóstica de la pena en el marco de un derecho penal de garantías sostiene que los tipos penales no tutelan ni protegen bienes jurídicos, sino que prohíben algunas conductas particulares que los ofenden, y con esa premisa, se dedica a deslindar la confusión entre el bien jurídico lesionado y el tutelado como parte de las inconsistencias y contradicciones de la dogmática penal, finalmente afirma que la ciencia jurídico penal conforme a su función de contención debe proteger los bienes jurídicos del descontrol del poder punitivo.

NOTES ON THE JURIDICAL GOOD: FUSIONS AND CONFUSIONS

ARTICLE INFO

Article Received: 14/01/16
Article Accepted: 03/06/16
Article Published: 18/12/18

KEY WORDS:

Juridical good
Penal justice
Penal harmfulness
Penal guarantees

ABSTRACT

The author is taking an agnostic position in front of the framework of criminal law of guarantees, arguing that the penal types do not protect juridical goods, on the contrary they are prohibiting some particular conduct that offends them; with that premise, the author is dedicated to clarify the confusion between the injured good and the protected good as part of the inconsistencies and contradictions of the penal dogmatic; finally states that the juridical penal science according to its containment function must protect the juridical goods from the uncontrolled punitive power.

* El presente escrito corresponde a las notas de la conferencia pronunciada en el curso de verano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata en enero de 2012. Se trata de apuntes y algunas conclusiones provisionales de una investigación en curso acerca de los caminos antiliberales de la dogmática jurídico-penal del siglo pasado. Nos complace dedicarlo al querido colega y amigo Prof. Dr. José Hurtado Pozo, en homenaje a su constante esfuerzo en pos de un derecho penal humanista y de garantías.

** Juez integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Altiplano de Puno (Perú). Correo electrónico: eraulzaffaroni@gmail.com

1. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

Los actuales estados de derecho constitucionales prohíben al legislador y al juez imponer pena por una conducta que no lesione un bien jurídico, lo que se conoce como *principio de ofensividad*¹.

Por lo general los autores lo derivan del *principio del estado de derecho*, pues es la expresión constitucional de la separación iluminista entre lo ilícito y el pecado (o sea, entre el derecho y la ética)², que prohíbe al estado –en cualquier materia jurídica– entrometarse en la moral individual o sancionar *dictaduras éticas*, lo que presupone que *todo ser humano es persona* (dotada de autonomía ética) y, por ende, deriva en el modelo de *estado de derecho*,

que no impone *una moral* sino que preserva y garantiza los espacios de autonomía moral³.

En el derecho positivo argentino se puede proceder de la misma manera, pero además el art. 19º de la Constitución Nacional contiene una formulación expresa: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*⁴.

Esta fórmula –nada común en el derecho constitucional comparado– se remonta a 1815⁵ y coloca al principio de *ofensividad jurídica general*⁶ (no limitado a la ley penal sino a toda acción estatal) como pilar del estado de derecho. En consecuencia, por imperativo de la ley suprema, la *ofensividad*

- 1 En el mundo anglosajón este límite legislativo se conoce como el *harm principle* y su formulación se remonta a John Stuart Mill (en *On liberty*, 1859). El *harm principle* es atacado por los juristas antiliberales anglosajones, conocidos como *paternalistas*. En realidad son *preiluministas* que escriben en inglés y a veces en sentencias judiciales, pasadas piadosamente por alto quienes pretenden continuamente ilustrarnos de *liberalismo* con las sentencias norteamericanas
- 2 Esta es una de las conquistas más importantes de la modernidad, en que Welzel señala a Christian Thomasius como su pionero, quizá inspirado en alguna lejana medida por Friedrich Spee, pero sin duda marcada por el pensamiento de Kant y no menos por el del propio Feuerbach en sus primeros trabajos de juventud.
- 3 Es la vieja paradoja de Radbruch: *el derecho es moral, justamente porque es la posibilidad de lo inmoral*. Sin esa posibilidad no hay espacio para la elección de la conducta y, por ende, no hay mérito moral. Quien hace lo moral porque no tiene otro remedio, no tiene ningún mérito moral.
- 4 El artículo continúa con el *principio de reserva*: *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*. Nuestra doctrina penal suele denominar a todo el artículo como *principio de reserva*, pero está claro que se trata de una disposición que rige para todo el derecho y, además, que contiene dos claras limitaciones o principios diferentes: el de ofensividad en su primera parte y el de reserva en la segunda.
- 5 En realidad el texto del actual artículo 19º apareció en el Reglamento Provisorio de 1815. Arturo Sampay se lo atribuye a Monteagudo y al presbítero Sanz.
- 6 Entre nuestros constitucionalistas del siglo XIX, fue José Manuel Estrada quien relevó mejor la importancia de este artículo.

es presupuesto de cualquier coacción jurídica, lo que en el campo penal se traduce en la exigencia de que la tipicidad presuponga la *ofensa a un bien jurídico* (por lesión o por peligro); esta es la *ofensividad penal*.

En síntesis, la exigencia de un *bien jurídico lesionado* es la *versión penal (ofensividad penal)* de la *ofensividad jurídica general y constitucional*, como condición del estado de derecho y de su correspondiente antropología jurídica (todo ser humano es persona a la que es inherente su autonomía moral)⁷.

La *ofensividad penal* es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta (el supuesto de hecho o *Tatbestand* fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sentencias en el marco constitucional.

2. EL BIEN JURÍDICO LESIONADO NO PRESUPONE SU TUTELA

De la enunciación del dogma político-constitucional no se deduce más que una prohibición al legislador y al juez. Nada autoriza a sostener que esta limitación política a la *potentia puniendi*⁸ del estado imponga *asignar-*

le alguna función positiva al poder punitivo, cuando sólo lo limita.

Está claro que cuando se prohíbe a alguien entrar a un baile no se le obliga a bailar afuera, como tampoco con ello se *tutela* a los que están dentro ni a los que quedan fuera: todas esas son posibilidades que en cada caso deberían ser verificadas en el plano de la realidad. Pero se razona en forma contraria a esa lógica cuando se pretende que *si para ejercer poder punitivo se exige un bien jurídico lesionado, es porque éste tiene por función la tutela de bienes jurídicos*.

La prohibición constitucional de ejercer el poder punitivo cuando la conducta no ofende un bien jurídico es análoga a otras, como la de no habilitarlo sino por ley formal estricta o no hacerlo por ley retroactiva, etc.; no es otra cosa que una limitación constitucional más a la *potentia puniendi* estatal.

La propia expresión *bien jurídico tutelado* es redundante, porque *bien jurídico* es todo ente que goza de protección jurídica (constitucional, civil, laboral, mercantil, administrativa, etc.) y ésta es independiente de la ley penal, dado que *no hay ningún bien jurídico creado por la ley penal*⁹. Un ente sin tutela jurídica no es un bien jurídico.

7 Cabe insistir en que en nuestro derecho positivo, en función de la letra expresa de la Constitución, el *harm principle* no es una regla penal, sino *jurídica general*: es el poder del estado, en cualquiera de sus manifestaciones –y no sólo el poder punitivo–, que no puede entrometerse en la autonomía moral de las personas.

8 Sostenemos que el estado no tiene ningún *derecho penal subjetivo*, sino una *potentia puniendi*.

9 Es una consecuencia de la función *sancionatoria* y *no constitutiva* del derecho penal, que puede verse con claridad desde Binding.

Se procura escapar a esta objeción sosteniendo que los que deben ser ofendidos según el tipo objetivo son *bienes jurídicos penalmente tutelados*. Pero lo cierto es que los tipos no *tutelan ni protegen* bienes jurídicos como tales, sino que sólo prohíben algunas conductas particulares que los ofenden: ningún tipo conmina *cualquier comportamiento que afecte tal o cual bien jurídico*, y si lo hubiese sería inconstitucional por violatorio del principio de legalidad estricta. La ley penal no *tutela* la vida, la propiedad, etc., sino sólo prohíbe bajo amenaza de pena algunas conductas que las ofenden. No hay *tutela penal integral* de ningún bien jurídico, sino sólo el requerimiento de que la conducta expresamente señalada (típica) lo ofenda en la particular forma que el tipo particulariza.

Además, la afirmación de que el poder punitivo *tutela o protege* penalmente al bien jurídico es un juicio fáctico. Lo único que se exige en el tipo es que se lo ofenda. Si el poder punitivo que con esa condición se habilita también lo *tutela o protege*, no lo sabemos, porque depende de una verificación en el plano de la realidad social, y aquí el *salto lógico* es más bien una caída del trapezio de juegos circenses de la más cerrada normatividad, pues esconde una ficción: sólo si presumimos *juris et de jure* que la pena cumple una función *preventiva* podemos

afirmar la *tutela penal al bien*. Pero la presunción *juris et de jure* es sólo un recurso práctico que da por cierto lo que no es cierto¹⁰.

Sostener una tesis preventiva —en cualquiera de sus variantes— y al mismo tiempo afirmar que no interesa el dato social (óntico) al respecto, revela un normativismo tan radical que raya en el solipsismo jurídico, pues no toma en cuenta que las sentencias se ejecutan en la sociedad y sobre seres humanos y no en un *topos uranos* poblado por normas, centros de imputación normativa o subsistemas.

El *Preámbulo* de la Constitución Nacional impone *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad*.¹¹ El derecho penal¹¹ proyecta jurisprudencia, o sea, sentencias, que deben tender a estos objetivos *en el plano de la realidad* y no en el de una pura lógica normativa indiferente al destino de los humanos habitantes del territorio.

¿Además qué bien jurídico *tutelaría* el poder punitivo? El del sujeto pasivo (muerto, estafado, robado, violado) por cierto que no, porque cuando se ejerce la lesión se ha producido. Si no es el bien jurídico *concreto*, será uno *abstracto*, o sea, algo así como el bien que muchos tienen y puede ser lesionado, como la vida de *todos*. Pero

10 Sin contar con que el derecho penal es tradicionalmente refractario a las presunciones de esta naturaleza.

11 Entendemos por *derecho penal la ciencia jurídico penal*, o sea, la elaboración teórica (o dogmática) de esta rama jurídica.

hay bienes jurídicos que no interesan a todos y no por eso dejan de serlo. El titular no sería el *individuo*, sino un *nosotros* en el que éste se funde, o sea que, el bien jurídico se *espiritualizaría* en un *interés* presuntamente común pero encarnado por el *estado*. Si de limitar su poder se trata, nos hemos metido en la jaula de los leones hambrientos¹².

3. EL DERECHO PENAL TUTELA BIENES JURÍDICOS

Desde hace años sostenemos una teoría *agnóstica* de la pena, pues ninguna de las funciones positivas arbitrariamente atribuidas al poder punitivo es necesaria para dotar de fundamento racional al derecho penal (entendido como proyecto de jurisprudencia científica, o sea, de poder jurídico de contención del poder punitivo)¹³. En este marco la *ofensividad penal* es un instrumento para esa contención jurídica, en paridad con

los otros límites constitucionales a su *potentia puniendi*.

Desde antes de asumir esta posición sostenemos que los bienes jurídicos son *relaciones de disponibilidad* de determinados entes¹⁴, entendiendo por *disponibilidad* la *posibilidad de uso* para la autorrealización en co-existencia (para que cada humano pueda realizarse, es decir, llegar a ser lo que elija ser)¹⁵. Con la *disponibilidad* entendida como posibilidad *de uso* queda descartada la existencia de bienes jurídicos *indisponibles*, pues la *disposición* (uso) es de la esencia del concepto¹⁶.

Esto no significa que el *derecho penal* (la ciencia jurídico-penal) no cumpla ninguna función *protectora* de bienes jurídicos, sino todo lo contrario: el *derecho penal* es un proyecto de jurisprudencia y, como tal, programa el poder jurídico de contención del poder punitivo, con lo cual *protege a todos los bienes jurídicos*, dado que sin este impulso jurídico de contención el

- 12 Veremos en un momento que este fue el camino seguido por los penalistas del fascismo italiano.
- 13 Lo sostenemos desde *En busca de las penas perdidas* y luego en *Derecho Penal, Parte General* con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.
- 14 En buena medida nos ha inspirado la tesis de Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln, 1972 y el Heidegger de *Sein und Zeit*.
- 15 Lo sostenemos desde la *Teoría del delito* de 1973 y desde el *Manual* (1977).
- 16 La vida es, pues, el más *disponible* de todos los bienes jurídicos, pues la usamos a lo largo de toda nuestra existencia; el estado también lo es, pues *usamos* de él permanentemente. La identificación de *disponibilidad* con *posibilidad de destrucción* es falsa, pues la destrucción no es la forma corriente del *uso* ni mucho menos, es sólo un extremo excepcional. De este modo se obtiene un concepto reductor, con el que, entre otras cosas, queda descartado de nuestro derecho positivo todo ejercicio del poder punitivo frente a acciones autolesivas (uso de tóxicos prohibidos, por ejemplo) y a comportamientos personales por contrarios que sean a los valores dominantes. La protección de la *moral pública* a que se refiere la Constitución se agota en que nadie sea obligado a soportar ofensas a sus sentimientos (vilipendio de objetos religiosos o de culto, espectáculos pornográficos que no quiere presenciar, etc.). Nuestra codificación penal nunca tipificó el incesto, la homosexualidad entre adultos ni la blasfemia.

poder punitivo descontrolado acabaría con el estado de derecho (los bienes jurídicos perderían su esencia) y la historia enseña que eso abre el espacio para la comisión de los peores crímenes de masa.

Por ende, el *derecho penal proyecta la tutela de todos los bienes jurídicos, en tanto que el poder punitivo los amenaza a todos por su potencial ofensividad en caso de descontrol*. La Constitución misma es la que protege bienes jurídicos: el principio de ofensividad general del artículo 19° *protege la autonomía moral de la persona, prohibiendo la injerencia coactiva del estado, como condición del estado de derecho*.

Entendemos que de este modo el concepto *típico de bien jurídico lesionado* cumple su función limitadora sin necesidad alguna del aditamento de *tutelado* (la *tutela* no es a esos *bienes jurídicos*, sino a *todos* mediante la prohibición constitucional al legislador y al juez).

4. LA (CON)FUSIÓN DE BIEN JURÍDICO LESIONADO Y TUTELADO

No debe atribuirse a ningún genio maligno la confusión del bien jurídico *lesionado* con el *tutelado*, sino a las limitaciones propias del modelo

de estado en que escribieron los penalistas liberales de Europa continental, que nos merecen el mayor de los respetos como *padres fundadores del penalismo garantizador*. No tenían *leyes supremas* de las que derivar el *estado de derecho* y del cual deducir las garantías penales. Los estados de derecho europeos continentales no fueron *constitucionales* sino *legales*, pues el control de constitucionalidad casi no se conoció hasta después del desastre de 1945¹⁷; lo que sus poderes legislativos sancionaban *era constitucional* y sus juristas carecían de una ley suprema que prohibiese la injerencia en lo moral y la dictadura ética. En éste como en otros campos del derecho, los juristas liberales europeos debieron apelar a ideas *supralegales* (*jusnaturalismo liberal*) para limitar al legislador, en particular en el derecho penal, que planteaba las situaciones más extremas¹⁸.

A ese efecto, derivaron el límite a la *potentia puniendi* del estado por vía *jusnaturalista*. Partiendo de las *Declaraciones* asignaron al poder punitivo la función de *tutelar* los derechos subjetivos, lo que implicaba la prohibición legal de tipificar delitos que no los ofendiesen, pues era contradictorio penar lo que se debía tutelar. Al mismo tiempo, esto hacía

17 El control de constitucionalidad tenía antes pálidos antecedentes y en el período de *entre-guerras* lo conocieron Austria con la *Oktoberverfassung* de 1921, Checoslovaquia y Alemania, bajo la Constitución de Weimar aunque por decisión del *Reichsgericht*.

18 Recordemos que Feuerbach consideraba a la filosofía como fuente de esta ciencia, Carrara pretendía deducir sus fundamentos de la razón, etc. Incluso en el constitucionalismo europeo actual no está claramente delimitada esta prohibición al legislador, debiendo en casi todos los casos derivarla de la libertad de cultos y de pensamiento o de la fórmula general del estado de derecho.

necesario asignarle a la pena alguna función preventiva¹⁹.

De este modo, para sostener la necesidad del *bien jurídico lesionado*, inventaron como presupuesto el *bien jurídico tutelado* y la consiguiente función preventiva de la pena. Es decir, en lugar de derivar el *principio de ofensividad penal* del general principio político que impone un modelo de estado, la carencia de ley suprema obligó a los penalistas liberales del siglo XIX a derivar la limitación política de la legitimación del poder punitivo como *tutor de bienes jurídicos* (y de la pena como proveedora de prevención). Dicho más claramente: *no derivaron el principio penal del constitucional, sino que construyeron un concepto penal (bien jurídico tutelado) para deducir de él el requisito político constitucional del bien jurídico lesionado*.

De este modo, los dos planos -el constitucional y el penal- no se vincularon jerárquicamente, sino que se *fundieron* (y *con-fundieron*) en un concepto elaborado en el terreno penal: el bien jurídico *tutelado*.

La consecuencia de esta *fusión* es la errónea tesis de que nadie puede

afirmar el estado de derecho sin legitimar al mismo tiempo al poder punitivo como *tutor de bienes jurídicos* (y tampoco puede desconocer que éste cumple alguna función preventiva). Inversamente, en base a esta *fusión* (con-*fusión*), se estigmatiza como enemigo del estado de derecho a quien desconozca alguna de esas funciones.

5. LA (CON)FUSIÓN ABRIÓ LOS SENDEROS ANTILIBERALES

Al actual derecho penal de garantías no le es necesario reiterar la construcción del liberalismo penal de los padres fundadores, porque todos construyen en el marco de *estados constitucionales de derecho*. Menos aún nos es permitido hacerlo a quienes desde siempre hemos dispuesto de ese marco²⁰ y, todavía menos a quienes contamos con una consagración constitucional expresa del *principio general de ofensividad*, válida para todo el derecho.

Sin embargo, no sólo la doctrina europea actual sino incluso la latinoamericana, sin desconocer la fuente constitucional, sigue insistiendo en su

19 Esta era la idea originaria de Feuerbach, reelaborada por Birnbaum en 1834, que más conservadoramente prefirió inventar la expresión *bienes jurídicos* en lugar de *derechos*. Sobre esto la reciente publicación de Guzmán Dalbora y Vormbaum en la reedición de los trabajos de Birnbaum, *Zwei Aufsätze, Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* (1834); *Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens* (1836), 2011.

20 Los estados latinoamericanos siempre fueron estados constitucionales de derecho, como resultado del general modelo norteamericano, al que se apelaba como único republicano existente en el tiempo de las organizaciones nacionales del siglo XIX. Esta afirmación, por supuesto, es válida en el plano formal, que es en el que los penalistas elaboraron sus tesis, pues son innegables las deformaciones históricas, como las *repúblicas oligárquicas*, las incontables dictaduras militares y no militares y la larga marginación de las mayorías del protagonismo político, reducida con esfuerzos de ampliación de ciudadanía real.

mayoría en la reiteración de la (con) fusión de los padres fundadores, con lo cual los europeos se compran un problema del siglo XIX y los latinoamericanos uno que constitucionalmente siempre nos fue ajeno²¹.

Esta (con)fusión no es inofensiva desde la perspectiva de la función de contención de la ciencia jurídico penal, pues ha abierto las puertas a *tres grandes líneas de demolición de los límites garantizadores del derecho penal del estado de derecho y a la destrucción de ese modelo de estado*.

(a) Por un lado, se ha manipulado el concepto de bien jurídico hasta privarlo de toda función limitadora de la *potentia puniendi*²². (b) Por otro, se le abstraigo en *intereses* que confiscó el propio estado²³. (c) Además, las contradicciones de la (con)fusión facilitaron la negación del mismo concepto y dejaron la *potentia puniendi* al servicio de un pretendido *ente natural*²⁴.

Para colmo de males, a lo largo de las polémicas el concepto (con) fusional se volvió extremadamente nebuloso y dio la sensación de servir para cualquier cosa (o para ninguna),

por lo cual no faltan quienes pretenden postular las garantías del estado de derecho, pero prefieren suprimir toda referencia al bien jurídico en la teoría del delito²⁵.

Todo esto es resultado de la (con)fusión que implica pretender deducir un principio constitucional de una ley infraconstitucional, de elaborar un concepto legitimante del poder punitivo para limitarlo, de querer sustentar un pilar básico del estado de derecho con una herramienta *made in penal Law*. Si se inventa un *bien jurídico tutelado* en el derecho penal para exigir un *bien jurídico lesionado* en el derecho constitucional, nada es más sencillo que *opacar* o destruir la invención penal para desbaratar la limitación constitucional. De esta (con)fusión derivan los múltiples conceptos de *bien jurídico tutelado* elaborados a lo largo de años e incluso su rechazo frontal²⁶.

En definitiva, la inversión constructiva, que pretende fundar desde lo *made in penal Law* el principio político institucional del estado de derecho, lleva a discutir en el terreno penal el

21 Esto último obedece a que hemos importado nuestra doctrina penal (y muchas otras) de la europea continental de tiempos de los estados legales de derecho.

22 El extremo lo alcanzó el neokantismo de los tiempos nazistas: Schwinge, Zimmerl, Mezger.

23 Fue el camino seguido por los penalistas del fascismo.

24 Fue el ataque nazista de la llamada *escuela de Kiel* (Dahm, Shaffstein, aunque también Gallas).

25 Así, el actual pensamiento sistémico normativista (Jakobs).

26 Los detalles de estas conceptualizaciones se sintetizan en muchísimas obras muy bien documentadas, como por ejemplo la de Miguel Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Universidad de Sevilla, 1974, o la más reciente de Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, 2004; la discusión actual en Alemania: Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego a abalorios?*, Madrid-Barcelona, 2007.

propio modelo de estado, o sea, que la discusión penal no es tal, sino un debate de *derecho político* en que se juega el modelo de estado.

6. LA PARÁBOLA INVOLUTIVA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Al pretender que la *esencia del delito* es la ofensa a un *bien jurídico tutelado*, deducida desde el interior del *derecho penal*, sin garantía ni imposición de marco constitucional y político, es fácil neutralizar el efecto limitador por varias vías también internas al derecho penal, sin necesidad de rechazarlo y menos aún de confrontar con la idea misma del estado de derecho, pero minando su esencia.

- (a) En principio, nadie puede negar que el bien jurídico tiene una función *ordenadora*, porque siempre los códigos lo usaron para tabular los crímenes²⁷.
- (b) En segundo lugar, es incuestionable que como elemento *teleológico* facilita desentrañar el alcance de los tipos. Esto no merece muchas objeciones por par-

te de antiliberales que inventan a gusto *bienes jurídicos*, los *clonan* y hacen de la moral y de la ética social un bien jurídico²⁸.

- (c) En tercer lugar, como la ofensa también puede producirse por *peligro*, se inventó el *peligro abstracto* (*presunción de peligro* y *peligro de peligro*); de este modo fue posible adelantar la tipificación a los actos preparatorios e incluso a los momentos anteriores a la decisión criminal²⁹.
- (d) Del mismo modo se inventó la ofensa por acumulación o universalización de la conducta³⁰, lo que permite tipificar cualquier conducta, porque no hay comportamiento humano que generalizado no cause un daño³¹.
- (e) Además, la *presunción juris et de jure* de *tutela* favorece la peligrosa tendencia expansionista actual de la legislación penal, pues donde hay un bien jurídico se tiende a pensar que ha menester de una *tutela penal*.
- (f) A la sombra de la expansión y con *carácter excepcional* se acepta

27 En general según el orden del Decálogo, y desde Napoleón pusieron al estado en el lugar de Dios.

28 Ver los casos que señala Gimbernat Ordeig en el prólogo al libro colectivo compilado por Hefendehl.

29 La fabricación de tela púrpura por el riesgo de golpe de estado estaba prevista en el derecho imperial romano; entre nosotros la *asociación ilícita* no parece ser muy diferente, si se considera que se consuma con el puro acuerdo de voluntades.

30 El pretexto fueron tipos de conductas contra el medio ambiente, individualmente inofensivas, como orinar en un río.

31 Piénsese qué sucedería si todos nos dedicásemos sólo y exclusivamente a cuidar nuestro cuerpo y salud, parando la producción y desbaratando la economía.

también la existencia de delitos de *mera infracción*³².

De este modo, sin necesidad de rechazar el concepto de bien jurídico *tutelado* ni de confrontar con el principio del estado de derecho, se lo manipula en el plano penal para desbaratar el concepto constitucional de *bien jurídico lesionado* como pilar del estado de derecho, dando lugar a lo que Ferrajoli (en *Diritto e ragione*) llama la *parábola involutiva*, entendida como *perversión del concepto*, que de su originaria función limitadora pasó -por efecto alquímico- a ser una herramienta legitimante de la expansión del ejercicio del poder punitivo.

La máxima intensidad de la *parábola involutiva* tuvo lugar en la Alemania nazista, por obra del neokantismo autoritario. Si bien el neokantismo reconoció una vertiente liberal (cuyo máximo exponente fue Gustav Radbruch³³), su metodología permitía una vía autoritaria que fue seguida por los autores que disputaban con la escuela de Kiel defendiendo la tesis de que la esencia del delito era la lesión al *bien jurídico tutelado*. La disputa de fondo

entre los de Kiel y los neokantianos fue acerca de la mejor metodología constructiva para la aplicación de las leyes penales del nazismo³⁴; discutían si para eso convenía más concebir al delito como *lesión al bien jurídico* o como *lesión al deber*³⁵.

Es interesante señalar que en esta polémica llevaban ventaja los de Kiel, pues -en especial Dahm- sostenían algo que es muy difícil rebatir: *el derecho penal se debe corresponder con el modelo político; no es posible elaborar un sistema jurídico adaptable a cualquier modelo*.

7. LA CONFISCACIÓN FASCISTA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El penalismo fascista no rechazó totalmente el concepto de bien jurídico lesionado, pero arrasó con su función limitadora. La más clara separación entre el derecho penal nazista y el fascista la formuló Georg Dahm³⁶. Afirmaba que si bien la característica común era el antiliberalismo, la esencia diferencial provenía del modelo político: para el fascismo *el estado*

32 En estas *excepciones* pueden reconocerse lejanos elementos arrancados a los hegelianos, a la *teoría de los imperativos* y al propio Binding.

33 El penalismo neokantiano liberal quizá deba señalar como más alto exponente a Max Ernst Mayer, muerto años antes de la irrupción del nazismo.

34 La nómina de las principales leyes de preguerra y de guerra en Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, págs. 194 y sgts.

35 Por el lado neokantiano escribían Zimmerl y Schwinge en Fest.f.Erich Jung y en *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. También Mezger, *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 1938, págs. 675 y sgts.; a favor del delito como lesión al deber: Dahm-Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, 1938; Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935; Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung* en Fest. f. Gleispach, 1936.

36 Dahm, *Nazionalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, 1935.

creaba la nación, que vive con la máxima intensidad y en forma directa en las instituciones estatales, por lo que la ley devenía sin más en una norma ética y nacional. Así como el estado creaba la nación, la ley creaba el derecho, no habiendo nación fuera del estado ni derecho fuera de las leyes. No existía ninguna separación entre el orden legal y el de la comunidad, ni entre el ilícito material y la lesión legal formal. En este sentido, señalaba Dahm que *Binding y la escuela clásica se hallan vivos en el derecho penal fascista*³⁷.

El estado fascista hacía patente su autoridad mediante la creación del tipo en la ley, por lo cual, si bien mantuvo el principio de legalidad, no lo hizo para limitar el poder del estado, sino con el designio político de poner en evidencia la autoridad y el imperium del estado. *El delito es el choque contra el orden autoritario creado por el estado y con ello contra la ley interior de la nación*³⁸. Del allí se desprende que la lesión al bien jurídico haya sido considerada una lesión a la autoridad del estado.

Esta *exaltación del estado* era de raíz idealista y respondía a una larga

tradición. El hegelianismo había proporcionado elementos que opacaron el concepto de bien jurídico, reconstruyéndolo como *derecho objetivo*, tendencia que llevada al extremo haría que el único bien jurídico fuese en definitiva el propio orden jurídico. Después de *l'Unità* el país necesitaba una ideología que reforzara al estado (en especial frente a la Iglesia en conflicto con éste), lo que dio ocasión a que por Nápoles penetrara el hegelianismo³⁹. En 1913 Arturo Rocco dio otra vuelta de tuerca al concepto de bien jurídico al redefinirlo como *interés en L'oggetto del reato* y su hermano Alfredo plasmó en el *Codice Rocco* de 1930 la estatización completa de los bienes jurídicos, lo que quedó clarísimo en su *Proluzione al Re*: *Como organismo político y jurídico, el Estado se concibe como la población de un determinado territorio organizado política y jurídicamente bajo un poder supremo en modo tal de adquirir la capacidad de querer y actuar como un todo unitario, para la obtención de sus fines colectivos y adquirir así una distinta y autónoma personalidad, al tiempo social, política y jurídica*⁴⁰.

No pocas veces e incluso ignorando la fuente, se invierten en sen-

37 Op. cit., pág. 15. No se refiere por cierto a la escuela *clásica* italiana, incuestionablemente liberal, sino a la polémica alemana entre la escuela del positivismo legal de Binding y el criminológico de Franz von Liszt.

38 Idem, pág. 15.

39 El normativismo positivista de Binding fue algo semejante en Alemania, aunque sin el aparato ideológico del hegelianismo; de allí la afirmación de Dahm sobre su vigencia fascista.

40 Rocco, *Relazione al Re*, en *Gazzetta Ufficiale*, 26 de octubre de 1930. La reacción liberal italiana a la estatización de los bienes jurídicos fue obra principalmente de Giuseppe Bettiol, que en la posguerra propuso directamente la vuelta al *Codice Zanardelli*. La doctrina italiana actual deduce el principio de ofensividad del principio del estado constitucional de derecho de la Constitución de la Republica de 1947 (por ejemplo, Fiandacca-Musco).

tido estatista las fórmulas de origen garantista, convirtiéndolas en una *garantía de obediencia para la autoridad del estado*⁴¹. Esta fue la tendencia llevada hasta el extremo por el legislador fascista y sus penalistas. Los primeros comentadores del *Codice Rocco* señalaron que la *revolución fascista* procuraba en el campo espiritual suscitar y fortificar en el pueblo sus deberes hacia el estado, la familia y la religión, imprimirle hábitos de disciplina y desarrollar el sentimiento de subordinación del individuo a la nación: el individuo en el estado, no fuera y contra el estado, según la frase de Mussolini⁴².

8. LA IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS DEL SENDERO MÁS SINIESTRO: EL DELITO COMO LESIÓN AL DEBER

El embate más profundo y coherente contra el bien jurídico *lesionado* como expresión penal del general principio de ofensividad jurídica (y también contra el estado de derecho, su antropología jurídica y todas las garantías penales) lo llevaron a cabo los autores de la denominada *escuela de Kiel*⁴³. Lo que llama poderosamente la atención es la formidable penetración con que detectaron las deficiencias de la dogmática de su tiempo, el grado de elaboración de las consecuencias que

extrajeron y su perfecta conjunción con el modelo político.

Este *sendero siniestro* no es importante por corresponder a un período en que se cometieron crímenes de masa atroces e incalificables, puesto que para descontrolar al poder punitivo y habilitar un crimen masivo estatal no es necesaria ninguna construcción jurídico penal; usando la fuerza se puede cancelar el poder jurídico de contención⁴⁴ y hacer desaparecer al derecho penal, dejándolo sin materia a programar, y el poder punitivo librado a dictados arbitrarios acabará en una masacre. La historia presenta demasiados ejemplos desgraciados.

Como hemos señalado, hace tiempo que sostenemos que la ciencia jurídico penal tiene por principal función *proyectar* la contención jurídica del poder punitivo y, por ende, la de proteger los bienes jurídicos, pero *no los que el tipo objetivo exige que se ofendan, sino todos los bienes jurídicos*, que dejarían de serlo en caso de quedar a merced del poder punitivo descontrolado.

Por ende, el *sendero siniestro* sobre el que volvemos nuestra vista es un fenómeno muy particular, cuya máxima expresión configura una *traición* a la función misma del derecho penal, pues desde la propia ciencia penal se racionalizó la anulación de todos los límites al

41 No deja de tener un origen napoleónico, incluso remontable a la desconfianza hacia los jueces por parte de los revolucionarios franceses.

42 Saltelli/Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931, I, pág. 4.

43 Su existencia como *escuela* es bastante discutible; en materia penal fueron Dahm y Schaffstein. Sobre esto y otros detalles, n. presentación a Dahm/Schaffstein, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*, Bs.As., 2011.

44 Lo primero que hizo Pol-Pot en Camboya fue matar a todos los jueces.

ejercicio del poder punitivo. Y fue precisamente con los autores de Kiel que esta *aberración jurídico-penal* alcanzó su mayor precisión crítica y creativa.

Este fenómeno aberrante de los años treinta y obedeció precisamente al altísimo nivel técnico de la ciencia jurídico penal alemana y de su corporación académica.

Enfrentados a nuevas condiciones políticas, la mayoría de los penalistas académicos defendieron su subsistencia corporativa en el nuevo marco, para lo cual usaron las finísimas herramientas técnicas con que habían elaborado su saber de contención del poder punitivo, pero para dinamitarlo y liberar el curso de la masacre.

Si bien el *reacomodamiento* de las corporaciones a nuevas coyunturas políticas es un fenómeno corriente en el mundo, lo singular es que en el particular caso del nazismo, fue el extraordinario nivel de su ciencia penal el que dio lugar a una tan esmerada elaboración teórica de demolición de los principios liberales. Debido a esta singularidad vale la pena seguirlo en su análisis, pues nos muestra los flancos teóricos por los que se filtran los embates antiliberales en la dogmática.

Fuera de este contexto cultural tan *sui generis* hubo muchísimas dictaduras y genocidios, pero en casi todos los casos sólo se han escuchado algunos balbuceos simplistas de pretendida justificación jurídica.

Como *tributarios de esa tradición jurídica europea continental y en particular alemana*⁴⁵ debe interesarnos este original fenómeno cultural, en especial en momentos en que en el mundo se observa un serio retroceso de los Derechos Humanos⁴⁶. Se impone revisar este particular *sendero siniestro* de hace ochenta años, para no ofrecer los mismos flancos débiles y, de este modo, evitar el riesgo de reconstruir la línea *Maginot*⁴⁷.

9. LAS LÍNEAS GENERALES DEL CONCEPTO DE DELITO COMO LESIÓN AL DEBER

El marco general de la construcción de Kiel era claramente político. No oponía al estado de derecho un estado autoritario ni totalitario, sino que subestimaba al estado mismo, pues hacía provenir el derecho de una fuente pretendidamente *natural* llamada *comunidad del pueblo* (*Volksgemeinschaft*).

45 Es innegable la enorme difusión de la ciencia penal alemana desde los años cuarenta del siglo pasado en Latinoamérica.

46 Prueba de eso son las recientes leyes norteamericanas contra el *terrorismo* y en modelo de estalinismo financiero que asumen como estado-gendarme, con una hipertrofia exorbitante del poder punitivo y del aparato represor.

47 Seguiremos profundizando este análisis en futuros trabajos, limitándonos aquí a su más sintética exposición. Queda claro que esto nos alertará sobre los riesgos de racionalización de los científicos y, por ende, de los jueces y legisladores, pero en modo alguno nos *vacuna* contra el uso descarnado de la fuerza ni contra el ejercicio descontrolado del poder: los de Kiel no inventaron a Hitler.

El concepto de *pueblo* no era el de una ciudadanía abierta a todos los habitantes (descalificada como *formal*) ni la formada por todos los que manifestasen su voluntad de pertenecer a ella. Pero tampoco era el pueblo formando parte del *estado soberano* que organizaba la *nación*, como lo concebía el fascismo. Se trataba de una *unión vital originaria y natural* formada por el parentesco de todos los presentes más los pasados y futuros; los individuos no decidían ser parte del pueblo, sino que nacían como tales⁴⁸.

Esta *comunidad del pueblo* se fundaba en la *raza* y, por ende, no abarcaba a quienes no formaban parte de ella aunque viviesen en el territorio, pero comprendía a los de la misma *raza* aunque habitasen en el exterior (las minorías alemanas), es decir que tanto fuera como dentro del territorio había *Volksgenossen* (partícipes del pueblo) y *Gemeinschaftsfremden* (extraños al pueblo).

No sólo se rechazaba al estado de derecho como creación iluminista, sino al estado mismo, cuya personalidad se consideraba como una suerte de perchero inventado por el liberalismo para *colgar* los bienes jurídicos colectivos.

Es interesante observar que esta *comunidad* era un ente que se preten-

día natural, pero cuya existencia no era verificable, pero al que se consideraba fuente de todo, incluso de la estética⁴⁹, lo que permitía refundir la ética y el derecho. Esta regresión preiluminista tenía una fuerte inspiración en Carl Schmitt⁵⁰, con quien los de Kiel tuvieron contacto hasta que cayó en desgracia por rencillas internas del nazismo⁵¹.

Como lo que quedaba del estado estaba subordinado a este ente, no era admisible el principio de legalidad: los jueces debían responder a la *comunidad del pueblo* antes que a los restos del estado expresándose en ley; de allí la indicación de atenerse al *sano sentimiento del pueblo alemán* más que a la letra de la ley.

La *Volksgemeinschaft* era un ente biológico concebido en forma de panal o de hormiguero, es decir, como un sistema en el que los partícipes del pueblo (*Volksgenossen*) ocupaban diferentes posiciones y, por ende, les incumbían dispares deberes. La lesión a esos deberes era una agresión al ente *comunidad*, de la que cada uno debía responder conforme a un criterio de gravedad subordinado a su posición en el sistema (no era igualmente grave el hurto callejero que el cometido entre militares, por ejemplo). Aunque se reconocía la dificultad metodológica, se llegó a proponer dejar de clasificar las infracciones por los bienes lesiona-

48 Cfr. Georg Dahm, en *Deutsches Recht*, páginas 206-207.

49 Había obras de arte conforme a la comunidad y extrañas a ella, cfr. Franz Janka, *Die Beune Gesellschaft. Ein Volk wird formatiert*, 1997, págs. 282 y sgts.

50 Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933.

51 Cfr. n. presentación de *¿Derecho penal autoritario o derecho penal liberal?*

dos y pasar a hacerlo en razón de la posición en la *comunidad*⁵².

Si bien no se caía en una generalización completa, era claro que toda infracción compartía en mayor o menos medida el carácter de una *traición a la comunidad*, que en modo alguno podía evaluarse por el resultado sino por la intención (*Gesinnung*), lo que desembocaba en un *derecho penal de la voluntad* (*Willensstrafrecht*)⁵³, conforme al cual lo importante era la demostración de la voluntad contraria a la comunidad, o sea, que el infractor pusiese en evidencia su condición de *traidor a la comunidad*. De allí que la tentativa se equiparase a la consumación, la tentativa inidónea a la idónea, etc. Así como en el positivismo peligrosista no importa el delito sino la peligrosidad revelada por el hecho o por *mala vida*, para el derecho penal nazista no interesaba tanto la tipicidad legal, que era meramente demostrativa, sino la puesta de manifiesto de la calidad de *traidor*.

El *deber* no era el *deber formal* (legal), sino el impuesto por la ética de la comunidad. Esto llevaba en definitiva a un *tipo de autor*, que no era el

que se había construido hasta ese momento⁵⁴, sino un tipo de autor como *traidor a la comunidad*⁵⁵. Esta traición a la comunidad evidenciada en la *lesión al deber* le dotaba de *deshonor*, lo hacía indigno del honor (*Ehre*), es decir, no confiable por parte de la comunidad del pueblo.

Como no podía detectarse al autor típico como *traidor* sin tener en cuenta su voluntad (*Willen*) y su disposición interna traidora (*Gesinnung*), la culpabilidad no podía ser separada de la tipicidad. No era tolerable un injusto (*Unrecht*) separado de la culpabilidad (*Schuld*), por lo cual debía rechazarse la construcción estratificada del delito, como expresión de una segmentación disolvente de la realidad, propia del iluminismo⁵⁶ y, por ende, sostenerse una teoría del delito como totalidad (*als Ganzes*).

El problema lo planteaban los que no eran partícipes del pueblo, a quienes no les era exigible la fidelidad (*Treue*) al ente biológico comunitario: para éste reservaban *medidas neutralizantes*. Los *extraños a la comunidad del pueblo* eran *no personas* y no se les podía considerar *traidores*. No eran

52 Esto ni siquiera se proyectó por imposible, pero a diferencia del fascismo, el nazismo no logró sancionar un código propio, en razón de las intrigas de Hans Frank contra el ministro Gürtner (cfr. Vormbaum, op.cit., págs. 199 y sgts.). Se sospecha que Gürtner fue finalmente envenenado.

53 La referencia a la *Gesinnung* es muy anterior (por ejemplo, Allfeld, *Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung*, 1909), pero en los autores de Kiel se radicalizó.

54 El tipo de autor del neokantismo que volcaba hacia el autoritarismo pretendía que no comecía un hurto quien *no era ladrón*, ni asesinato quien *no fuese asesino*, etc.

55 Georg Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940.

56 Para demoler la teoría estratificada aprovecharon muy bien las contradicciones e inconsistencias del neokantismo autoritario, obstinado en mantener una matizada sistemática *objetivo-subjetivo*.

sujetos del delito conforme al tipo de autor del traidor⁵⁷.

Como la *esencia del delito* era la *lesión al deber* (la *Pflichtverletzung*), la esencia de todo delito sería una *omisión de cumplimiento de un deber*, con lo cual la *teoría del delito pasaba a construirse sobre la base de la estructura omisiva*. Todos los partícipes de la comunidad (*Volksgenossen*) se hallaban –por ser tales– en posición de garante respecto de los valores del ente al que pertenecían, con los respectivos grados de deber, según su posición dentro del ente⁵⁸. La fuente de esta posición de garante universal no podía ser legal, con lo cual quedaba establecida la dictadura ética.

En cuanto a la pena, su objetivo no era otro que la defensa de la comunidad del pueblo mediante el reforzamiento de la ética comunitaria y la exclusión de los *extraños y enemigos*, en pos de la *configuración de la realidad* conforme a los valores del ente vivo del pueblo. Para ello, desde su primer manifiesto⁵⁹, los de Kiel explotaron las contradicciones de sus predecesores, que se movían por la *doble vía*, con penas de culpabilidad y de peligrosi-

dad⁶⁰. A su modo destacaban que respondían a dos antropologías incompatibles⁶¹, lo que les permitía enunciar una superación, apelando a la ética del supuesto ente biológico natural de la *comunidad del pueblo*.

10. REFLEXIONES Y ALGUNA CONCLUSIÓN

Si existiese un ente biológico, en el cual todos nos insertásemos como en un panal u hormiguero, el planteo de Dahm y Schaffstein sería inobjetable. Todos deberíamos respetar nuestros respectivos deberes éticamente impuestos y protegernos como conjunto de quienes no se adaptasen a ellos y también expulsar a los extraños o diferentes. Si bien no es un planteamiento análogo al positivismo peligrosista, no deja de haber algo que lo aproxima a las versiones más radicalizadas de este último. Esto obedece a que ambos comparten un fondo de *organicismo social*. Todo indicaría que, en una atenta relectura de la polémica de Grispigni con Mezger⁶², el primero debiera estar más cerca de los de Kiel que de Mezger (y quizá incluso, que del propio Alfredo Rocco).

57 La construcción arbitraria del *sujeto* tenía largos antecedentes: los que no habían superado el momento *subjetivo* hegeliano, los inimputables, multireincidentes, habituales y profesionales de las medidas de seguridad de la *doble vía*, etc., aunque desde la modernidad nunca se había expresado tan claramente y basado en la pertenencia a una *raza*.

58 Reconocían incluso pertenencia a entes interiores de los que emergían posiciones de garantes con deberes de actuar más estrictos.

59 Dahm-Schaffstein, *¿Derecho penal autoritario o derecho penal liberal?*, cit.

60 El invento de Stooss para Suiza había calado incluso en los proyectos de Weimar, la exclusión de los *incorregibles* provenía del Programa de Marburgo de von Liszt.

61 Caracterizaban a la pena de culpabilidad como *liberal* y a la de peligrosidad como *socialista*, con lo cual aparecía la ética de la comunidad del pueblo como superadora de estas parcialidades políticas.

62 Filippo Grispigni / Edmund Mezger, *La reforma penal nacional-socialista*, EDIAR, 2009.

Es sabido que toda tesis organicista es por naturaleza *inverificable*, pues nadie puede establecer que sea *verdadera o falsa* la afirmación de que la sociedad es un organismo. En la sociología es admisible como criterio para la interpretación de los hechos sociales, pero cuando se pretende elevar un sistema a *verdad científica* se está incurriendo en un gravísimo error, pues se confunde un presupuesto metodológico con una verdad verificada y, en consecuencia, se deducen imperativos que sólo son sostenibles después de aceptar la errada premisa; se pasa de un método de aproximación a la verdad a una dictadura del ente metodológico que se desentiende de la verdad.

La aceptación de la premisa de la *Volksgemeinschaft* como ente *natural* fue un *acto de autoridad política* carente de toda base científica verificable. A partir de esta decisión política, la lógica crítica y deductiva de Dahm y Schaffstein era inobjetable.

Bajo esa premisa, también lo fue su rechazo frontal al modelo de estado *liberal* (estado de derecho) y su marcada diferencia con el estado fascista. En forma de metáfora grosera diría que rechazaban frontalmente a Locke y a Feuerbach y se distanciaban de Hegel, acercándose a Spencer, pero lo cierto es que no pretendían ninguna *universalidad*, sino que razonaban después de aceptar expresamente el marco ideológico político del nazismo.

En lo único que estaríamos de acuerdo con los de Kiel es en que *la ciencia del derecho penal sólo se puede pensar dentro de un marco político*, que hoy es el *estado constitucional de derecho*, condicionado internacionalmente por el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Era natural que si dentro del marco político nazista era insostenible la separación iluminista entre ética y derecho, el principio de ofensividad jurídico general perdiese vigencia y, por ende, también la perdiese el principio de ofensividad penal. Les resultaba inadmisibles que —aún opacado y descolorido— se lo mantuviese intrapenalmente en la forma de bien jurídico *tutelado*, cuando este había sido un recurso para construirlo como función limitadora (por vía inversa) mediante la (con) fusión impuesta por las circunstancias de su tiempo a los padres liberales. Les bastó demostrar la inconsistencia de la *tutela* y las contradicciones de una pena preventiva consagrada por vía de presunción *juris et de jure*, para demolerlo por completo⁶³.

Fuera de la premisa aberrante del sistema político de la que partieron Dahm y Schaffstein, sólo son válidas sus inteligentes críticas a las contradicciones técnicas de la dogmática penal de su tiempo, pero el resto no es admisible en ningún derecho penal de un estado constitucional de derecho.

La elección política del modelo es imprescindible en cualquier cons-

63 En particular en Dahm-Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, 1938.

trucción. La discriminación de *partícipes* y la exclusión de *extraños* –con cualquier terminología que se disfrace– es inadmisibles en el estado de derecho y, menos aún, con una Constitución cuyo *Preámbulo* se cierra afirmando que se sanciona también para *todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*.

Dahm y Schaffstein elaboraron una doctrina jurídica válida para el marco político del racismo nazista, pero su modelo no se puede trasladar a otro marco político, donde impere un modelo de estado de derecho y, ni siquiera, era transferible al estado fascista. Inversamente, tampoco podríamos trasladar una doctrina jurídico penal del estado de derecho al modelo político nazista si hoy lo hubiese y no consagrarse su ilegalidad el derecho internacional. Esto obedece a que la ciencia jurídico penal proyecta jurisprudencia, o sea, actos de gobierno (el poder judicial es una rama de go-

bierno, no partidista, pero *política* en el sentido más amplio de gobierno de la *polis*).

La prueba más candente de esta afirmación es que *nos hemos comprado* un problema europeo, pues en los estados constitucionales de derecho latinoamericanos, en que el principio de ofensividad jurídico general se deduce de la forma misma del estado o se consagra en fórmulas expresas en la Constitución (como en la Argentina), hemos arrastrado la (con)fusión del bien jurídico *lesionado* como limitación constitucional a la *potentia puniendi* del estado, con el bien jurídico pretendidamente *tutelado*, legítimamente del poder punitivo y estímulo a su expansión, que en su origen no fue más que el recurso que inventaron los padres fundadores liberales porque carecían de las normas fundamentales de que nosotros dispusimos desde las organizaciones mismas de nuestros respectivos estados.