

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca¹

Catedrático de Derecho penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Socio FICP.

~Bien jurídico~

I. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Es prioritario aclarar los conceptos empleados. Ley penal no es sinónimo de Derecho Penal. Este último es un área de saber que explica a la primera y otras muchas cosas más. Las expresiones ley penal, derecho penal positivo, ordenamiento jurídico penal, conjunto de preceptos y normas dotados de una consecuencia punitiva, son aquellas que ilustran sobre medios por los que se habilita poder punitivo. Son objeto de crítica del Derecho Penal. La identificación de ley penal y derecho penal lleva a malentendidos. Por ejemplo, la expansión del Derecho Penal no es sinónimo de mayor habilitación de poder punitivo, porque ésta sólo ocurre a partir del dictado de nuevas leyes penales, que es el fenómeno que conocemos desde hace 200 años producto de políticas criminales de coyuntura, y que CARRARA llamaba irónicamente *nomomanía* o *nomorrea*².

II. PUNTO DE PARTIDA

Participo de la idea de que las potestades y los límites de actuación del Estado, como sociedad jurídicamente organizada, deben extraerse de su función instrumental y social en búsqueda del bienestar de los individuos que la componemos. El Derecho Penal es un instrumento para el desarrollo de esas funciones. De modo que todo aquello que no cumple ese cometido no debe concretarse en Derecho Penal positivo. El ordenamiento jurídico no es un fin en sí mismo. Esa función social es la convivencia pacífica, libre, segura, y la ley penal debe aparecer sólo cuando esos objetivos no se puedan conseguir mediante otras medidas menos intrusivas en las libertades de los ciudadanos. Nuestras democracias están imbuidas de esa ideología, que viene dada

¹ Doctor en Derecho y Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Miembro Comisión de Juristas del Digesto Jurídico Argentino. Miembro Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal Argentino de 2006. Miembro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Presidente del Grupo Argentino Asociación Internacional Derecho Penal (AIDP). Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina.

² CARRARA, Francisco. Un nuevo delito, en: Opúsculos de Derecho Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1978, t. IV, p. 397

desde el pensamiento de la Ilustración. La búsqueda constante de un equilibrio entre los poderes de intervención estatal y el ámbito de libertad de los ciudadanos³.

La idea se materializa en principios tales como el que dice que la ley injusta no obliga⁴. Y para lograr ello, detrás debe haber un contenido. El desarrollo de esta idea es conocido. Para VON IHERING el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Ese interés proviene de la vida (individual o social). Es sencillo encontrar el derecho subjetivo correspondiente en los hechos ilícitos cotidianos (homicidio, violación, hurto, etc.), y también para aquellos delitos donde se lesionan derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el Estado (traición, corrupción de funcionarios públicos, etc.), pero existen casos en los que no puede hallarse un claro titular de un derecho subjetivo (casos de asociación ilícita, inundación, incendio, etc.), pese a que nadie duda de que hay algo más, hay algo detrás de las leyes que castigan esos hechos, que justifican la sanción penal⁵.

Entonces la pregunta fue si podía castigarse un ataque a un “interés”, y aparecen ideas como las de VON LISZT que desplaza la atención del derecho subjetivo al interés que éste sustenta⁶.

El interés debe existir antes. La ley se limita a captarlo e incriminar solo algunas formas de ataque. Ese interés surge de la sociedad, es preexistente a la norma. El interés es el reflejo subjetivo de un bien porque “bien” es el concepto, lo abstracto. De ahí que cuando algo es “bueno” nos “interesa” su conservación.

³ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En AA.VV. La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 443.

⁴ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Preludio al bien jurídico. Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Segunda Época, Núm. 1, Diciembre de 1981. El mismo autor en Sobre ‘Nullum Crimen Sine Injuria’ y algún otro principio. Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 56, diciembre de 1996, p. 29. Así, desde hace cuatro siglos se viene hablando de esto. Francisco DE VITORIA, Alfonso DE CASTRO, Domingo DE SOTO, Francisco SUÁREZ; ROMAGNOSI, FILANGIERI, Mario PAGANO, FEUERBACH, PACHECO, ROSSI, BLANCHE, ORTOLAN, RAUTER, CHAVEAU, y en la Argentina Carlos TEJEDOR, Manuel OBARRIO, entre muchísimos más.

⁵ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Preludio, Lecciones y Ensayos, 1981.

⁶ VON LISZT. Tratado de Derecho Penal: “Si el derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el Derecho Penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada un mal para el delincuente”. “Llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico... la necesidad crea la defensa y con el cambio de intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos”

Claro está, para que exista delito la conducta de ataque a un bien debe ser captada por la ley penal que la reprima, lo que viene mandado por el principio constitucional de legalidad y se concreta en la tipicidad⁷. La ley es un requisito necesario para que una conducta sea considerada delictiva, pero no es suficiente, porque delito es más que el simple quebrantamiento de una ley. Si se prescinde de esto último, se habilita la intervención del poder punitivo ante conductas no lesivas y, de ahí al estado totalitario, hay un paso, porque la función instrumental siempre lo es a un “algo”, y si ese algo no se refiere a derechos individuales y sociales de los demás, el estado queda descontrolado y puede llenarlo con cualquier fin.

Esa idea se desarrolló paralelamente en diversos lugares. Según la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, artículos 4º y 5º, la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás; los límites de los derechos naturales son los que establecen el aseguramiento del ejercicio de sus derechos a los demás miembros, y sólo pueden prohibirse las acciones dañosas para la sociedad.

Y la llamada Escuela Toscana (CREMANI, CARMIGNANI, CARRARA, etc.) pasó a clasificar las leyes del Estado en dos grandes grupos: de prosperidad y de seguridad. Las primeras son la mayoría, y comprenden todo lo que los gobernantes consideran necesario para el desarrollo de la sociedad. Las segundas, en cambio, se refieren al aseguramiento por el derecho de situaciones o valores que la sociedad considera muy importantes, perennes, no de criterios de momento, valores que los precedieron y sobrevivirán en el tiempo. Sólo a esta segunda categoría pertenecen los delitos⁸.

En el mundo anglosajón el principio de lesividad viene de autores como John Stuart MILL (1859) con su “*harm principle*”, al que se suma la prohibición al estado de entrometerse en la moral individual⁹.

Los derechos o bienes que reclamaban lesión son los que vienen dados por la naturaleza y que a través de un acto político son reconocidos por el derecho positivo y,

⁷ Por eso CARRARA definía el delito como un “ente jurídico”. El delito para Carrara es “la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Programa de Derecho Criminal).

⁸ AGUIRRE OBARRIO, Preludio, Lecciones y Ensayos, 1981.

⁹ VON HIRSCH, Andrew, El concepto de bien jurídico y el “principio del daño. En AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”. Roland

también, los derechos creados por la sociedad civil, llamados sociales, porque lesionan derechos que no tendríamos como individuos¹⁰.

Esto es así en la Argentina desde 1815 y finalmente concretado en la Constitución Nacional de 1853/60 que en el art. 19 dispone: “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”. “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Se complementa con el Art 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Esa vieja idea subsiste con la misma fuerza en nuestros tiempos, porque la historia ha demostrado que la penalización de conductas debe tener una legitimación distinta que la de la mera potestad de hacer la ley¹¹. A partir de esa idea, el Estado sólo puede intervenir por ley en acciones de los hombres y mujeres que perjudiquen de algún modo a terceros, y los derechos individuales son anteriores a su reconocimiento por las leyes. La consecuencia para la dogmática penal que de ello se deriva es que los bienes jurídicos no son creados por la ley penal (derecho penal sancionatorio y no constitutivo) y que la tipicidad debe presuponer la ofensa por lesión o por peligro a un bien jurídico¹².

Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003, en referencia a la obra de John Stuart MILL “On Liberty”, Capítulo IV, de 1859.

¹⁰ CARRARA, Francisco. Lección sobre la Ontología (dictada en 1881), publicada en castellano en la traducción de Sebastián Soler de los Opúsculos, como apéndice del Programa del curso de Derecho Criminal, por editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III, página 21. Allí explica la necesidad de admitir que el único criterio para clasificar los delitos es el de la escuela ontológica que define a las cosas con arreglo a lo que constituye su esencia, esta es, la diversidad del derecho lesionado, porque donde no hay violación de un derecho, unida a la ofensa de la opinión de seguridad, no puede el legislador, sin incurrir en tiranía, encontrar un delito y conminar una pena. No puede existir delito sin derecho lesionado, solo la objetividad jurídica permite su diferenciación.

¹¹ ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 3.

En la Europa continental contemporánea el principio de ofensividad se deriva del principio de estado de derecho, que propone la separación iluminista entre lo ilícito y el pecado¹³.

ROXIN recuerda que bienes jurídicos son realidades o fines necesarios para la vida social que no tienen por qué tener realidad material. No son bienes físicos pero sí realidades necesarias para la vida. HASSEMER remarca que sólo son legítimos cuando reconducen al individuo. Los fines son los creados por el legislador¹⁴. Y estos fines no se deben confundir con la *ratio legis* penal¹⁵.

La consecuencia es que el legislador actual, aunque goce de legitimidad democrática, no está habilitado a incriminar algo sólo por el sólo hecho de que no le guste¹⁶. Aquella idea permite una crítica de la legislación y supera el mero servicio metodológico. Permite descartar leyes autoritarias que sólo castigan disidencias con la mayoría coyuntural, también las autolesiones porque el delito reclama ofensa a bienes de terceros; deslegitima los criterios paternalistas, o la incriminación de conductas que quedan dentro de la esfera de autodeterminación de las personas, o que sólo son contrarias a la moral, las leyes penales simbólicas, o los tabúes. Se trata de una función de delimitación negativa¹⁷. Al permitir distinguir entre grados de lesión o puesta en peligro a los bienes jurídicos, dota de un criterio para mensurar la proporcionalidad de la retribución, y permite distinguir la tentativa de la consumación y los delitos de peligro de los de lesión.

Ahora bien, la necesidad de ofensa a un bien jurídico sólo predica que el castigo de una conducta es posible, no que es obligatorio¹⁸. La limitación de la potestad de castigar (*potentia puniendi*) de ningún modo significa que se le pueda asignar alguna

¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Edit. Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2012, p. 5

¹⁴ ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

¹⁵ La *ratio legis* penal para HASSEMER es totalmente contraria a la del normativismo. Dice: “políticamente sólo puede ser usado en forma subsidiaria como ultima ratio y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. Ha superado el escepticismo que siempre acompañó a las “manos torpes” del sistema penal...La consecuencia es, más bien, que estos ámbitos del derecho penal “eficiente” están permanentemente acompañados de déficits de ejecución específicos, que buscan paliarse con mas agravaciones y derecho penal simbólico (HASSEMER, “Crítica al Derecho Penal de hoy”, pp. 59 y 60).

¹⁶ ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

¹⁷ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. En AA.VV. La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 459 y ss.

¹⁸ ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

función positiva al poder punitivo¹⁹. Cuando se prohíbe a alguien entrar al baile, no se lo obliga a bailar afuera²⁰.

Pero se razona que si para ejercer poder punitivo se exige un bien jurídico lesionado, es porque el poder punitivo tiene la función de tutelar o proteger bienes jurídicos²¹. La explicación está dada por lo que FERRAJOLI llama la parábola involutiva, perversión del concepto, que de su función limitadora pasó a ser una herramienta de legitimación de la expansión del poder punitivo²².

A ello cabe sumar lo que me permito llamar la auto-legitimación o auto-justificación psicológica o moral del castigo, pensamiento muy común en los operadores judiciales, que consiste en fundamentar la pena a imponer *porque* en el caso se respetan las garantías procesales y penales, lo cual permite sortear cualquier discusión sobre la fundamentación del castigo, que debe ser externa al sistema punitivo mismo.

A partir de esa creencia mágica en la utilidad de la ley penal y su aplicación, desde hace unos cuantos años se han naturalizado expresiones de tipo bélico, tales como que el derecho penal es un instrumento de lucha contra determinados fenómenos sociales, como el trabajo ilegal, la contaminación ambiental, la corrupción estatal y privada, el narcotráfico, el terrorismo, etc.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general. 4ta. edición, Barcelona, 1996, pp. 90 y ss. La 8va. edición, también consultada, es de editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 119. La cuestión se da en otro nivel de análisis, el del “merecimiento de pena” de determinadas conductas que perjudican a terceros.

²⁰ ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

²¹ ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

²² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, marzo 2004, p. 5. Nos enseña que el principio de lesividad u ofensividad significa la ruptura con la concepción del injusto entendido como pura lesión a un deber de obediencia. Cita a MIR PUIG para decir en el Estado moderno el principio de lesividad (dañosidad social connatural al ilícito, concretada en lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido) pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del derecho penal de la democracia, al lado de legalidad y culpabilidad, está en el *nullum crimen sine injuria* que se ajuntan al Estado constitucional de derecho. Los principios de proporcionalidad y de prohibición de exceso como pilares del derecho penal y límites infranqueables al *ius puniendi*. La parábola involutiva recorrida por la teoría del Bien Jurídico, que nació con vocación limitadora, de freno a la arbitrariedad legislativa, se manifiesta en la actualidad con la aparición de usos del concepto de bien jurídico exactamente contrarios, tendientes a legitimar “científicamente” cualquier nueva incriminación (p. 5 y 6). Ante una nueva sanción los juristas penales corren presurosos a la búsqueda de un bien jurídico capaz de convalidarla y, con ello de un concepto limitativo, el bien jurídico pasa a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación (cita a FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón p. 468. Críticamente a SILVA SÁNCHEZ en “La expansión...” p. 91 y a YACOBUCCI, Guillermo, La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 94). De esta manera ha servido la mayoría de las veces para legitimar la inflación penal, en lugar de ser elemento limitador y reductor del *ius puniendi* (p. 6).

Y como la cuestión de la seguridad se convirtió en un concepto clave de las sociedades occidentales, la discusión en Derecho penal ya no se limitó al tratamiento de problemas y solución de conflictos, sino que se estudia la contención de riesgos aparentes o reales, con un amplio control social anticipado. El estado interviene en forma proactiva²³.

III. EL DELITO COMO MERA INFRACCIÓN AL DEBER

A la anterior concepción se le critica que el concepto de bien jurídico sólo proporciona una legitimación aparente, ya que es vacío de contenido e irrelevante para la correcta interpretación del Derecho Penal²⁴.

Esto no es nuevo. Desde HEGEL se viene desplazando el objeto de tutela mediante un proceso de abstracción e idealización que pone al Estado como centro. La pena como negación de la negación del derecho. En Italia, para Rocco el bien jurídico se reduce a la norma jurídica²⁵. Similar en BINDING. Se dice que como no es posible encontrar un concepto único de bien jurídico para todos los delitos, éste debía ser identificado con el fin de la norma concebido por el legislador o *ratio legis*²⁶. De ahí se pasa a que el delito es una violación a un deber de obediencia y fidelidad hacia esas normas. Lo que determina la responsabilidad criminal no es el resultado dañoso, sino la exteriorización de una voluntad delictiva²⁷.

Y aparecen construcciones que le agregan una visión funcionalista de la sociedad, que predicán que la ley penal no tiene su fundamento en la protección de bienes jurídicos, sino como garantizadora de la vigencia de las normas. Entonces, el establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efectúa en razón de su disfuncionalidad con el sistema.

Esta concepción, claro está, parte de una fundamentación distinta de la pena estatal. Responde a una corriente de la sociología que asume a la sociedad desde la

²³ HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

²⁴ HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

²⁵ ROCCO, Arturo, El Objeto del delito y de la tutela jurídica Penal, Editorial BdeF año, 2013, p. 167: "...La tutela jurídica, que el orden jurídico presta a los intereses de la existencia, es tutela de normas. "Bien Jurídico" y "norma" son dos conceptos fundamentales del derecho. Pero no es sólo organización de paz, sino también y contemporáneamente, según su íntima naturaleza, una organización de lucha. Para alcanzar su fin necesita de la fuerza que rechace las contrarias voluntades de los particulares. Detrás de la organización de paz de las relaciones de vida está el Poder Soberano de Estado...".

²⁶ HONIG 1919.

perspectiva funcionalista, como un sistema orientado a su propio mantenimiento. De ese modo, los comportamientos que ponen en peligro ese mantenimiento amenazan al sistema como tal y deben ser evitados mediante la pena. La pena refuerza la vigencia de las normas, desautorizada por el autor. El único bien jurídico es el de la firmeza de las expectativas normativas frente a su defraudación.

A esa cosmovisión es servil la idea de que todos los delitos son concebidos como incumplimientos o infracción de deberes (negativos y positivos) que, se dice, preexisten en la sociedad. La estructura básica de todos los delitos son las omisiones.

Luego, sencillo es para esta concepción sumarse a la idea de que las omisiones pueden ser castigadas aunque no se encuentren descriptas expresamente en la ley penal, especialmente si el deber que se dice infringido está fuera del ordenamiento penal²⁸.

Se sostiene que en la atribución de un quebrantamiento normativo, lo trascendente es la competencia del autor, que se verifica cuando se le puede “cargar” como cosa suya el riesgo jurídico-penalmente desaprobado, ya sea por expandir su libertad comunicativa más allá de lo permitido, lesionando el ámbito de libertad de terceros, *neminem laedere*, deberes negativos, o por no haber cumplido con alguna de las situaciones de deber positivo de procurar por otro, esto es, la solidaridad. Para ello el legislador se vale del lenguaje prescriptivo, deontológico, de prohibiciones o mandatos, que derivan en los modos acción/omisión.

La idea se completa con el recurso lingüístico de considerar que los verbos típicos tienen un sentido mucho más adscriptivo de atribución de responsabilidad, imputación, que descriptivos de la causalidad. Se sostiene que en ellos no se encuentra solamente una prohibición de riesgos para el bien jurídico, sino también de evitación de riesgos que los amenazan²⁹.

²⁷ Escuela de Kiel.

²⁸ Para ello, se parte de la base de que es posible trasladar sin filtros al campo penal las discusiones y conclusiones iusfilosóficas sobre equivalencias entre acciones y omisiones. Se argumenta que como el Derecho Penal moderno se ha alejado de una visión mecanicista de las ciencias del siglo XIX, se encuentra habilitado a construir sus criterios de imputación en base a pautas normativas que concretizan criterios de lealtad comunicativa.

²⁹ Son modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. Se parifican ambas situaciones desde una superior, de equivalencia, que permite ver el dominio sobre el fundamento del resultado, es decir un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad al dominio del autor comisivo. Lo que determina que detrás de un tipo de comisión se encuentre también un mandato de acción para ciertos y determinados casos, es el fin de la norma, en relación a la cual se construye el tipo.

Queda así despejado el camino para llegar con autores como JAKOBS a la distinción entre delitos de organización y de delitos de competencia institucional, lo cual crea partiendo de supuestas obligaciones positivas de los ciudadanos, cuyos incumplimientos tendrían consecuencias no sólo políticas, sino punitivas, como si todo incumplimiento de las obligaciones de los habitantes de determinada sociedad derivara necesariamente en un delito, de omisión.

Se concluye que el problema no es de prohibición o mandato, sino de imputación y de su legitimidad en un Estado de Derecho: no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino el de competencia (el ser competente) en virtud de una organización³⁰.

Y así queda conformada la idea de que todos los delitos son concebidos como basados en deberes infringidos por los ciudadanos, sea de su propia organización, de su rol, institucionales, o como quiera llamárselos.

IV. EVALUACIÓN CRÍTICA

Estas últimas consideraciones amplían la punibilidad de una manera notable. Al concebirse que todos los delitos consisten en la infracción a un deber, la posibilidad de encuadrar conductas en la tipicidad pasa a ser infinita. No será punible solamente la conducta prohibida, sino que lo serán todas las demás distintas a la debida y expresamente escrita en la ley penal. Se delega la búsqueda de un autor en el arbitrio del intérprete, ya que con su mayor o menor ingenio encontrará a alguna persona que, según su escala de valores y no la del legislador, debió garantizar la indemnidad o incolumidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Sin embargo, la concepción de la sociedad en la cual todos los habitantes tenemos deberes (positivos y negativos) no se apoya en ninguna verificación empírica, sino que es un mero constructo teórico. De esa construcción es de la cual se pretenden fundamentar algunas medidas, como las de las viejas tesis organicistas que predicaban la eliminación, la separación o la corrección de la “manzana podrida”. Pero aunque esa forma de ver a cualquier comunidad fuese aceptada, esa imagen lo único que fundamentaría sería la necesidad de establecimiento de un ordenamiento jurídico en

³⁰ La cita de JAKOBS es tomada de "La Imputación penal de la acción y de la omisión", Univ. Externado de Colombia, p.48.

general, para la convivencia pacífica y en aras del bien común, pero de ningún modo justificaría que a la infracción a algún deber le debe corresponder una consecuencia punitiva.

Y como se adelantó, es similar a una concepción sociológica organicista que por definición es inverificable, porque como dice ZAFFARONI, nadie puede establecer si es verdadera o falsa. Se toma como real un mero recurso metodológico de la sociología y de ahí se deducen imperativos. Se objetiva el método como si fuese un ente real. Así, se concluye que todos deberíamos respetar nuestros deberes y protegernos como conjunto de quienes no se adaptan, y expulsar a los extraños o diferentes³¹.

Como se ve, el problema está en la toma de posición previa sobre cuestiones que hacen a la teoría política del estado mismo. Quienes consideran a la pena como algo valioso, positivo, no necesitan del bien jurídico para legitimar la pena estatal³². Pero por la misma razón, no pueden fundamentar la distinción entre la autoridad que conllevan todas las normas de cualquier rama del derecho positivo, de la de las penales. Porque el quebrantamiento de normas laborales, mercantiles, civiles, administrativas, etc., no justifica una respuesta penal para comunicar que la violación del derecho no es una conducta atendible y de esa manera dotar de confianza al sistema. La gente no tiene más remedio que confiarse al derecho laboral, civil, comercial, etc., lo cual no es lo mismo que decir que la gente confía en que le resolverá sus problemas. La ley penal no proporciona confianza en el sistema y por ello, la confianza no puede elevarse a bien jurídico de normas de conducta. La confianza en el comportamiento de otras personas sería la suposición de que los otros no se comporten de manera contraria a las expectativas³³. Pero esto no funciona así. Lo que en todo caso proporciona algún tipo de confianza en el sistema penal es su aplicación, es decir, el derecho procesal penal, las leyes de organización judicial y la buena gestión de los operadores judiciales. Quienes violan normas penales no se preocupan tanto de la prohibición y sus consecuencias, sino de la relevante posibilidad de ser descubiertos y procesados.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012, Edit. La Ley, Buenos Aires, p. 3.

³² SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico AA.VV. "La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?". Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. P. 67.

³³ HEFENDEHL en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

Tanto es así que la confianza sólo se puede quebrantar cuando las circunstancias que la ponen en duda son conocidas y no si los actos permanecen ocultos o cuando la población perdió la confianza en la justicia.

La ley penal no garantiza la existencia de los bienes. Es claro que en muchísimos casos la redacción y la técnica empleadas es inconveniente, como por ejemplo, cuando se recurre a conceptos amplios e indeterminados como la paz o la seguridad públicas que pueden ser identificados como bienes jurídicos aparentes³⁴. CORCOY BIDASOLO explica esta cuestión al poner de manifiesto que existen muchos delitos que son clasificados como de peligro, cuando en realidad son de lesión a un bien jurídico colectivo o supraindividual abstracto³⁵. Es el bien jurídico (y ya no los tipos penales) el que identifica una situación de peligro para bienes concretos, como puede ser la seguridad común, el orden público, la administración pública, etc., de modo que los delitos que ofenden esos bienes jurídicos "etéreos" lo lesionan directamente. La idea es evitar los fraudes de etiquetas a que dicha técnica legislativa puede conducir³⁶.

El delito como mero quebrantamiento o violación de las normas, se queda en el respeto del principio de legalidad, y omite considerar lo que está detrás de él, que también tiene jerarquía constitucional. Y así, no logra distinguir la tentativa de la consumación, ni la tentativa idónea de la inidónea ni entre autores y partícipes (concepto unitario de autor).

V. SE TRATA DE UNA TAUTOLOGÍA. MUESTRA CON UN EJEMPLO ARGENTINO

Como ya dije el art. 19 de la Constitución Nacional argentina dice: "Las acciones

³⁴ HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

³⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBDeF/EDISOFER, Buenos Aires, 2007, p. 33.

³⁶ Por ejemplo, una posesión de armas o explosivos sin autorización legítima, es claro que pone en peligro la vida e integridad corporal (homicidios, lesiones) y psicológica de las demás personas (coacciones) y los bienes materiales en general (daños, etc.). Pero si el delito de posesión ilegal de armas o explosivos está inserto en el Título Seguridad Pública o Común, que refleja una situación objetiva y subjetiva de peligro contra personas y cosas consideradas de manera indeterminada, ya la sola conducta de la posesión ilegal lesiona ese bien. No lo pone en peligro, sino que lo ha lesionado. (No me refiero al asunto de los delitos de mera actividad, porque lo que quiero escudriñar es la cuestión peligro/lesión). Bueno, por supuesto, tengo en cuenta que puede haber "fraudes de etiquetas" y el recurso a crear bienes jurídicos muy volátiles, etc. etc. Pero lo cierto es que ese tipo de bienes jurídicos han estado desde hace cien años en nuestros códigos penales. Son una barrera de incriminación previa a la lesión concreta de bienes jurídicos que tienen un correlato material. Luego, la pregunta es: por qué los autores siguen llamando delitos de peligro a estas figuras que no son contra la vida, integridad corporal o propiedad?

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. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer **lo que** no manda la ley, ni privado de **lo que** ella no prohíbe”.

Es común repetir esta fórmula como “todo lo que no está prohibido está permitido”, pero ello es incorrecto. No dice eso la Constitución. Esa expresión deriva de la concepción que predica la completitud del orden jurídico, el principio de clausura de Kelsen, un orden jurídico sin lagunas, exhaustivo. Pero además de que el texto no dice eso, en Derecho Penal eso no es valioso. El penal es un sistema discontinuo de ilicitudes.

La fórmula debe ser leída como “todo lo que no está prohibido, es libertad”, porque el Estado, en materia penal, no nos permite nada, sino que sólo nos prohíbe o manda a hacer bajo amenaza de pena³⁷.

Este ejemplo muestra de manera patente la tautología en la que incurre la concepción que no exige perjuicios a los bienes jurídicos de terceros.

Veamos. Lo importante en ambas proposiciones es el “**lo que**”, específicamente, **qué es lo que** la ley manda o prohíbe.

La tautología es una “ley lógica”, una proposición necesariamente verdadera, pero vacía. No tiene contenido informativo alguno. Es como decir “lo bueno es bueno”, o “la puerta está abierta o está cerrada”, o “inimputable es aquél que el derecho declara que lo es”.

Así, el hecho de que la tautología “todo lo que no está prohibido está permitido” sea verdadera, de ello no se deriva que tenga algún contenido, porque no sabemos de qué está compuesto el “**lo que**”.

Si se dice “Todo lo que no está prohibido está permitido”, entonces, lógicamente, lo prohibido equivale a lo no permitido. En tal caso, la fórmula nos quedaría “Todo lo

³⁷ Sólo nos permitiría hacer algo mediante las causas de justificación si previamente estuviera prohibido o mandado hacerlo. Por tal razón, tampoco es buena la expresión riesgo permitido en materia penal, cuando se quiere denotar que se trata de situaciones donde existen riesgos aceptados por la sociedad y que, por ello, no están prohibidos o amenazados con pena.

que no está permitido, no está permitido”, lo cual rigurosamente verdadero, pero ¡chocolate por la noticia!³⁸.

Pero el contenido del “**lo que**” lo proporciona la primera parte del mismo artículo, que exige la ofensa y perjuicio a los derechos de terceros. Para ello, debemos leer el texto en clave de derecho político constitucional y no como un mero ejercicio lingüístico³⁹.

VI. VUELTA AL BIEN JURÍDICO. REVALORACIÓN DE LA IDEA

La historia es conocida. Los juristas tuvieron que inventarse límites al poder punitivo estatal, porque no había leyes supremas que así lo prescribiesen. Límites supralegales, jusnaturales, suprapositivos⁴⁰. Ante la ausencia de leyes positivas supremas, la limitación política del poder punitivo la derivaron del poder punitivo considerado como tutor de bienes jurídicos. Y de ahí derivaron la función de la pena como proveedora de prevención. Del bien jurídico lesionado pasaron al bien jurídico tutelado. De FEUERBACH a BIRNBAUM⁴¹.

³⁸ FERREIRA, Marcelo. Estas reflexiones surgen de una charla con el profesor de derechos humanos y de filosofía de la UBA, Marcelo FERREIRA. A continuación, otra ocurrencia de su autoría: Es obvio que hay un distinto impacto psicológico de las palabras "prohibido" y "no permitido", ya que el primer concepto "pega más" que el segundo. Pese a que dicen lo mismo, tiene más impacto proscriptivo decir “está prohibido fumar”, que “no está permitido fumar”. De algún juego de palabras: “En Inglaterra todo lo que no está prohibido está permitido. En Alemania todo lo que no está permitido está prohibido. En Francia está todo permitido, hasta lo prohibido. En Rusia está todo prohibido, hasta lo permitido. Y en la Argentina nunca se sabe”.

³⁹ Porque como enseña DIEZ RIPOLLÉS a partir de alguna interpretación, también es posible sostener lo contrario. Lo dijo en el Congreso Internacional de Derecho Penal por el 75 Aniversario del Código Penal argentino, celebrado en 1995 en Buenos Aires. Señaló que en la Constitución era un marco, como una cancha de fútbol, en la que el contenido, los jugadores, los debe poner la teoría del derecho penal. Y efectivamente, la triste experiencia de nuestro país nos ha enseñado que es posible construir un derecho penal parcialmente autoritario invocando la Constitución. Basta con repasar los argumentos de los jueces de las mayorías y minorías de las distintas épocas de la Corte Suprema argentina en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, fallos “Basterrica”, “Capalbo”, “Montalvo” y ahora “Arriola”, para anoticiarse acerca de que la expresión “de algún modo” en el artículo 19 de nuestra Ley Fundamental puede ser interpretada restrictiva o ampliamente y, con ello, que a partir de ella es posible legitimar la punición de gran cantidad de conductas por su mera calidad de externas, que se llevan a cabo en el plano de la interacción o comunicación con nuestros semejantes, aunque solo afectan y todavía no ofenden los bienes jurídicos de terceros. El problema de la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto comienza aquí.

⁴⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”. Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. P. 67.

⁴¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. (Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luis GUZMÁN DALBORA). Edit. IbdeF, Buenos Aires, 2010. En la introducción GUZMÁN DALBORA recuerda que la noción de bien jurídico fue atacada durante el totalitarismo europeo. El olfato político de los juristas nazis y fascistas percibió allí una barrera al poder absoluto del Estado en el cariz objetivo inherente a la teoría del bien jurídico, rasgo que la tornaba incompatible con la imperante subjetivización del delito, que quería hacer

La presencia o la falta de perjuicio a un bien jurídico de terceros deben verificarse en cada caso concreto y resolverse en la tipicidad. Sólo si existe lesión o peligro a un bien jurídico, podrá pasarse al análisis de las posibles colisiones con otros derechos, lo cual se resolverá en la categoría antijuridicidad/justificación. De lo contrario, no habría forma de distinguir entre ambos estadios de la teoría del delito, entre la lesión al bien jurídico recogida en la prohibición y el permiso constitucional o legal para producirla⁴².

Ninguno de los autores clásicos pensó seriamente que la ley penal iba a proteger bienes en la realidad. Sólo si se presume *iure et de iure* que la pena cumple una función preventiva podremos afirmar la tutela penal del bien.

Ahora bien, es evidente que la palabra “protección” tiene una fuerza significativa propia. Esa fuerza se la sigue proporcionando la creencia en la teoría preventiva general negativa de la pena, la disuasión, la intimidación, la amenaza de pena, la coacción psicológica, los contramotivos, que funcionan como un escudo mental que impedirá futuros daños a los bienes. Sin embargo, los mismos autores al advertir a dónde podría conducir esa legitimación, la complementaron con la exigencia de recurrir a la ley penal como ultima ratio, a su aplicación a unas pocas conductas lesivas de bienes ajenos⁴³.

El delito no puede ser solamente una infracción culpable a una norma⁴⁴. El principio de culpabilidad no es suficiente, sino que necesitamos del de Lesividad que,

de éste una infracción de deberes y del delincuente un traidor a la comunidad popular. También fue atacada porque implica colocar al individuo en cuanto titular de bienes garantizados por el Derecho, en una relación igualitaria y coordinada con la entidad estatal, no ya en una posición subordinada a su majestad (con cita de BETTIOL, “Bene giuridico e reato”, quien en 1938 defendió el bien jurídico de los arrestos totalitarios). Ver también ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

⁴² La diferencia entre lesión a un bien jurídico y el permiso para hacerlo, se ve clara en casos de libertad de expresión. Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso “Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria”, 2 October 2001; “Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey”. Lo mismo ocurre en los casos de piquetes por protestas sociales. En la Argentina, art. 197 CP. En España art. 557 CP como delito contra el orden público y el art. 633 CP que reprime la perturbación del orden como una falta, y la reglamentación del derecho de reunión por Ley Orgánica 9/1983. Ver QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español, Parte Especial. Edit. Atelier, 5ta. Edición, Barcelona, 2008, p. 1144 y ss.

⁴³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBDeF/EDISOFER, Buenos Aires, 2007, p. 33. Desarrolla el problema de que esta segunda característica está siendo dejada de lado. Aparece toda la teorización sobre la necesidad de la intervención penal en la protección de los llamados nuevos riesgos en sociedades complejas, y el empleo de la ley penal como modelo de solución de conflictos similar al de otras ramas del derecho. Donde hay un bien jurídico se tiende a pensar que necesita tutela penal. El final es triste: proliferan las normas de llamado derecho penal simbólico. Ahí encaja la crítica a los delitos de peligro abstracto, entendidos como presunción de peligro y peligro de peligro.

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2012.

entre otras cosas, permite impedir la creación de los llamados delitos de pensamiento⁴⁵. Sin Lesividad no hay referencia para la Culpabilidad.

VII. MÁS PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS DEL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

La teoría funcionalista ve al sistema social como un bien autónomo, en cuya conservación se establece la pena⁴⁶.

El déficit más grave que atribuye a tal postura es su prédica de que el establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efectúa en razón de su disfuncionalidad para con la totalidad del sistema. De ese modo, se termina adoptando una postura políticamente neutra respecto de la naturaleza del sistema del que ese comportamiento es disfuncional⁴⁷.

Como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, los criterios de prevención general positivos que predicen la confianza normativa, la fidelidad al derecho, la aceptación de las consecuencias de la infracción normativa, permiten que la confirmación del reconocimiento normativo se pueda conseguir también con medios contrarios a los valores sociales, como sucede con el derecho penal terrorista que intenta reducir la criminalidad (sin lograrlo) a costa de reducir las libertades personales y el respeto a la dignidad humana.

Como sugiere FERRAJOLI, lo que ocurre es que concepciones como la de JAKOBS son descriptivas (método de la Sociología), y existe un salto metodológico indebido al querer transformar todo ese andamiaje argumentativo en prescriptivo, que es el ámbito del Derecho. Se termina cayendo en tautologías o argumentos circulares que se

⁴⁵ El “crimental” de George ORWELL en su famosa novela 1984... y lo que deriva de ello, que es peor: “la policía del pensamiento”.

⁴⁶ ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007, p. 457. Si la pena debe ser en beneficio de los individuos que viven en la sociedad, las normas no pueden pretender la obediencia de los ciudadanos por el sólo hecho de ser normas, sino que siempre debe dirigirse a la obtención de un estado de cosas, a una acción u omisión. En la formulación funcionalista, se elude cualquier afirmación sobre la legitimidad o la ilegitimidad del contenido de las normas, bajo la idea de que ese tipo de consideraciones no son científicas. Sin embargo, como dice ROXIN, ese concepto restringido de ciencia pone a los juristas a merced del capricho y la arbitrariedad del legislador.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Culpabilidad en el Siglo XXI. En “Hacia un realismo jurídico penal marginal”. Monte Avila Editores Latinoamericana. Caracas, Venezuela, 1993, p. 89 y ss.

sustentan a sí mismos. Que las cosas sean de tal o cual modo, no explica por qué deberían ser así⁴⁸.

La “bajada” de toda esta teorización a la teoría del delito produce efectos notables. JAKOBS sostiene que la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para delitos que están diseñados como infracciones de deber. La categoría que impulsó ROXIN (delitos de infracción al deber) que mantenía el dominio del hecho y sólo tenía como propósito cubrir aspectos de la autoría de determinados delitos⁴⁹, se transformó en el centro neurálgico del ilícito penal: todos los delitos pasaron a ser concebidos como de infracción de deberes que surgen de un único bien jurídico, el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la fundamentación subjetivista del ilícito penal, los problemas de esta concepción no son menores⁵⁰.

VIII. BALANCE

El balance final arroja que el Derecho penal se ha llenado de contenidos ajenos a su especialísima función, y que la teoría que concibe al delito como infracción al deber es apta para legitimar ese proceso.

Aquello que tradicionalmente el principio de subsidiariedad⁵¹ deparaba al viejo derecho de policía, también llamado derecho penal accesorio, de intervención, derecho

⁴⁸ Gran cantidad de autores la han criticado desde su anclaje en la teoría de la prevención general positiva. ROXIN, BARATTA, FERRAJOLI, ZAFFARONI, entre otros, denuncian que mediatiza a la persona utilizando su dolor como un símbolo. Curiosamente, termina justificando la pena para delitos toscos o burdos, que son los únicos que se conocen y, por ende, los únicos que lesionan esa confianza en el sistema normativo. Los delincuentes económicos agradecidos. A partir de ello, no se entiende cómo se puede reclamar desde ese lugar la expansión del derecho penal a estas áreas.

⁴⁹ ROXIN, en: *La Teoría del Bien Jurídico*, p. 457/8. Recuérdese que para ROXIN la infracción de un deber típico especial sólo es un elemento de la autoría. El hecho además requiere la lesión al bien jurídico de que se trate, por ejemplo, Administración de Justicia por el juez prevaricador. De esa manera, a los inductores y cooperadores, aunque no sean jueces, se les pena por el mismo artículo del prevaricato, y ello no sería posible si la lesión al bien jurídico no trajera consigo la punibilidad.

⁵⁰ Se trata de una posición que no ve al principio constitucional de Culpabilidad como una limitación, sino que le asigna un carácter fundante del ilícito penal. Expositores de la tesis extrema subjetivista son ZIELINSKI y en la Argentina, Marcelo SANCINETTI. Para ellos la lesión a un objeto de bien jurídico, el resultado, no tiene lugar alguno en el concepto de ilícito, porque aquello a lo que el autor se ha motivado negativamente permanece invariado con resultado o sin él. El ilícito es la desautorización de una norma, y el resultado es un mito, es azar, es responsabilidad objetiva. El derecho penal es de culpabilidad, de modo que no hay lugar para el desvalor de resultado. La teoría del ilícito ha de ser la teoría de la tentativa y para ello alcanza con el respeto del principio del hecho. El principio de lesividad debe ser interpretado en el sentido de que la norma se sustenta en un fin legítimo: el tender a evitar lesiones a terceros. El test que demostraría todo esto es la tentativa inidónea de omisión que, para esta concepción, es punible.

administrativo sancionador, de faltas y contravenciones, o como sea, por vía de la teoría del mero quebrantamiento de la norma, reaparece en tipos penales que engrosan los textos del derecho penal simbólico, selectivo, e inoperante⁵¹.

Y al fracasar el derecho en general, y el penal en particular con su producto, la ley penal, en su tarea de concretar la felicidad de los habitantes, se termina recurriendo a la violencia directa o a la simbólica que ofrece la ley penal. Por ello, es preferible la teoría que exige perjuicio al bien jurídico. Con ello, retornamos al punto de partida, y esta charla vuelve a empezar.

Muchas gracias.

EXCURSUS

UNA VIEJA LECCIÓN. EL ERROR DE QUERER SOLUCIONAR TODO CON LA LEY PENAL

La amenaza penal y la concreción de esa amenaza en casos concretos mediante la

⁵¹ Conforme al cual sólo puede amenazarse una conducta con una pena cuando no bastan otras medidas menos drásticas adoptadas por otras ramas del derecho.

⁵² Fuerza es reconocer que existe un ámbito donde se entremezclan cuestiones de derecho administrativo, civil, comercial, medioambiental, procesal, etc., y donde el fundamento de las consecuencias jurídicas de varias ramas del derecho tiene pizcas de prevención general, de prevención especial y de retribución. Allí aparece la coacción directa administrativa para hacer cesar cursos lesivos en marcha (aunque no estén encaminados a la comisión de un delito), asunto totalmente desatendido por la doctrina tanto administrativa como penal; los criterios de reparación daños leves sin necesidad de recurrir a procesos civiles ordinarios extensos y costosos, como los asuntos que atañen a los consumidores (el fracaso de la justicia civil); la identificación y tratamiento de situaciones de anticipación de riesgos y lesiones mediante acciones concretas y sanciones leves pero efectivas; supuestos de mediación y de control estatal del cumplimiento de obligaciones asumidas por los infractores, etcétera.

No se trata de un fraude de etiquetas o de sacar del Derecho Penal cosas que podemos explicar o fundamentar dentro de él, sino de sacar de ahí cosas que nunca debieron estar en él. Las apelaciones a expresiones emotivas como que el derecho penal “lucha” contra tal o cual mal social que se pretende erradicar o prevenir, sólo habilitan la exploración de territorios donde el Derecho Penal fracasará rotundamente.

El argumento de que es preferible llevar todas estas cuestiones al ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal porque con ello les alcanzarán todas las garantías, es falso. Justamente la expansión del derecho penal a ámbitos desconocidos para él es lo que ha generado el relajamiento de las garantías constitucionales del derecho penal y procesal penales, descrito claramente como un derecho penal de nuevas velocidades, del enemigo, etcétera.

La paradoja es que se fracasa en la solución de los problemas de los ciudadanos. El derecho penal y el procesal penal pierden su sentido instrumental para la realización de los seres humanos. Miles de situaciones que pueden y deberían solucionarse antes que acudir al Derecho Penal. Hostigamientos, apoderamientos de cosas ínfimas, conducciones de vehículos temerarias o bajo la influencia de drogas o alcohol, fraudes pequeños pero masivos a los consumidores, creación de riesgos de daños y lesiones leves al ambiente; evasiones tributarias simples; violación de normas administrativas creadas para la regulación de diversos ámbitos de la economía, la salud y la seguridad públicas, y de otros sectores de la vida social; ocupaciones de espacios públicos; escraches en lugares residenciales; ofensas a la moral de terceros como el adulterio o la zoofilia⁵², grafitis, etcétera.

imposición de una pena a un habitante, no impiden el delito. Sólo se limitan a poner contramotivos, contrapesos psíquicos que pueden o no lograr su efecto disuasorio⁵³. Como se cree que la misión de la ley penal es evitar la comisión de delitos, ante la persistente ocurrencia de hechos ilícitos, se critica a la ley vigente por su inoperancia o deficiencia y se propicia su reforma. El proceso que CARRARA llamaba *nomomanía o nomorrea*⁵⁴,

No se atiende el hecho de que cada ley penal que se dicta, restringe nuestra libertad. El procedimiento de multiplicación de delitos desconoce el principio del derecho penal mínimo, de *ultima ratio* o subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico, el de que las lagunas de punibilidad deben ser toleradas por aquello de que *De minimis non curat praetor* (El pretor no se preocupa por asuntos mínimos)⁵⁵, y por una regla de la vida que opera casi como una ley física: quien mucho manda, mucho es desobedecido.

Pensar que la ley penal tiene la misión de suprimir el delito mediante el escarmiento conduce al autoritarismo, porque como decía CARRARA, esos son sueños del vulgo, que busca en el juez al hombre destinado a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes. Y agregaba, “La estafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal”⁵⁶.

Como se ve, siempre existió una tendencia generalizada, a recurrir al derecho penal para solucionar problemas que no han podido ser satisfechos mediante otras ramas del derecho y nuestra época no constituye una excepción, la consecuencia necesaria es la

⁵³ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Edit. Bosch, Barcelona, 1984, p. 384. Con palabras similares que las empleadas por Carrara, cien años después HASSEMER dice: La capacidad motivadora de la conminación penal y de la ejecución de la pena tampoco está exenta de objeciones. Estas objeciones se derivan de la rigidez jurídicoracionalista de la idea preventiva general, que desprecia soberanamente la “irracionalidad” fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un homo oeconomicus que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídicopenal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo. Esta construcción olvida una serie de datos empíricos que la contradicen contundentemente”, y pone como ejemplo los delitos violentos, la criminalidad patrimonial de escasa gravedad. También: HASSEMER. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Edit. Ad-Hoc, 1995, p. 65

⁵⁴ CARRARA, Francisco. Un nuevo delito. En Opúsculos de Derecho Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1978, Tº IV, p. 397. Ya citado.

⁵⁵ CARRARA, Un nuevo delito, 1978.

⁵⁶ CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Edit. Temis, Bogotá, 1977, TºIII (vol. I Parte Especial), “Introducción”, p.14

creación de un cuerpo bien nutrido y heterogéneo de disposiciones laxas⁵⁷ y simbólicas cuya única justificación radica en la prevención general negativa y positiva, es decir, en hacerle creer a la gente que el conflicto social generado por una conducta desviada se encuentra solucionado con el dictado de una ley penal, aunque en la práctica éstas nunca se realicen en casos concretos o, lo que es peor, se apliquen selectivamente a los sectores más vulnerables para mostrar a la opinión pública que el sistema funciona y que pueden confiar en él.

En nombre de la eficiencia de la posmodernidad se intentaron justificar o legitimar una serie de instituciones inconvenientes a través de medios que podrían generar consecuencias insospechadas. La sociedad posmoderna es una sociedad de la comunicación generalizada por los medios de comunicación⁵⁸.

Pero esta concepción del presente, no está exenta de reparos. Nuevamente, de un método descriptivo de la realidad, se pretenden extraer conclusiones para el derecho, que es eminentemente prescriptivo. La llamada era posmoderna funda la legitimidad de un sistema político en la eficacia, eliminando toda discusión sobre los fines últimos del Estado⁵⁹. El pragmatismo del Estado posmoderno, al cancelar la discusión sobre los fines mismos del Estado, deja abierto el camino para que cada rama de su burocracia procure sus fines en forma empresarial, sin un objetivo de conjunto que las subordine en forma limitativa. Se privilegia la eficacia sectorial de las burocracias oficiales y así se deterioran los principios penales liberales o del Estado de derecho de la modernidad en aras a la eficacia policial tanto represiva como preventiva.

La llamada crítica de los posmodernos a la modernidad, no es tal, porque para ello debería partir de algún ideal, de lo contrario no hay posibilidad de crítica alguna. El posmodernismo conduciría a un sujeto débil y fatigado para la rememoración de las barbaries de la historia, que no se deben repetir. Lo despoja de criterios para hacer frente a la deshumanización y se acaba sin sujeto. Un sujeto débil es presa fácil para la aceptación de los mitos del momento, por vía de un relativismo cultural donde cada cultura ha de ser

⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. En ADPCP, tº XLV, fasc.1, enero-abril 1992, pp. 235/49.

⁵⁸ VATTIMO, Gianni. Posmodernidad: ¿Una Sociedad Transparente?. AAVV: En Torno a la Posmodernidad. Edit. Anthropos, Barcelona y Santafé de Bogotá, 1994, pp. 9 y ss. Sigo en este punto a este filósofo de la Universidad de Turín.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana. Revue Internationale De Droit Penal. Association Internationale de Droit Penal, Érés, 3º y 4º cuatrimestre de 1996, p. 725.

juzgada exclusivamente según sus propios principios, y todas serán igualmente legítimas. Es el fin de la ética, y de los proyectos de libertad y justicia, porque todo vale y quedamos presos de lo que hay, de lo que existe y se impone. Los posmodernos nos dejarían en manos de un funcionamiento sistémico de la sociedad en el que el sujeto desaparece, al dejar de ser un sujeto constituyente para ser un agente constituido en un proceso de selectividad contingente.

Bien, este pequeño e incompleto relato sólo intenta poner de manifiesto que detrás de cada propuesta existe una posición ideológica de la que se parte. En el campo del poder punitivo no hay nada muy nuevo, y ya tenemos suficiente experiencia como para conocer de antemano qué ocurrirá con tal o cual sugerencia. Si ser posmoderno conduce a dejar de lado las garantías constitucionales y los logros de toda la novedosa teoría de los derechos humanos (que apenas tiene 70 años, es decir, nada en términos históricos), por ser tachados de valores o ideologías centrales impuestas por las historias dominantes, prefiero seguir en la modernidad.

No es valiosa la idea que entiende que la misión del Derecho Penal consiste en la prevención general confirmando el reconocimiento normativo, porque los ciudadanos necesitan que su fe en las normas sea confirmada cuando esas normas son infringidas, de modo que el proceso crea cierta conciencia jurídica. Tampoco lo es considerar que debe procurarse fe en las normas porque la gente tiene que aprender que la infracción normativa no es una alternativa de conducta discutible (fe en el Derecho) y que si se comete alguna infracción debe soportar las consecuencias que se derivan de ella (aceptación de las consecuencias)⁶⁰ A esta concepción se llega mediante la depuración de los conceptos básicos del derecho penal de todo componente descriptivo, esto es, referido a la realidad. La culpabilidad es extraída de la prevención general y no del poder actuar de otro modo. No es posible recurrir a criterios psicológicos para delimitar el dolo de la imprudencia, porque sólo el defecto cognoscitivo permite exonerar de la pena más grave del delito doloso. El concepto de autor excede el de un individuo que actúa en el ámbito social, pues se define de un modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación, al igual que el aplicado a las personas jurídicas. Al extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción

⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2, pp. 17 y ss.

se adapta a cualquier política criminal y puede asumir sin problema alguno cualquier modernización del Derecho Penal, en cualquier caso que resulta beneficioso en el contexto social.

La crítica más punzante a esta posición está en que la confirmación del reconocimiento normativo se puede conseguir también con medios tales como los de un derecho penal terrorista que consiga la reducción de la criminalidad a costa de reducir también las libertades personales y el respeto a la dignidad humana⁶¹. Y esto se deduce sin esfuerzo del fundamento organicista, funcionalista y transpersonalista de las teorías de la prevención que sobreponen la sociedad a la persona.

Como se vio más arriba al hablar de la tautología, puede comprobarse que el método del funcionalismo en materia penal conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son tomadas de modo puramente decisionista. Así, el concepto de culpabilidad presentado como resultado de la imputación jurídico-penal, conduce a que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso. La acción y omisión equiparadas bajo la fórmula de adquirir culpablemente competencia por una lesión de la vigencia de la norma, carece por completo de núcleo descriptivo que no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo. Su concepto de competencia carece de cualquier connotación natural ya que es el resultado de una imputación realizada exclusivamente desde el Derecho⁶².

HIRSCH⁶³ ha demarcado muy bien la cuestión que nos convoca. El aumento del Derecho Penal y Procesal Penal se debe a: 1) el avance técnico y científico. 2) la inclusión de nuevas situaciones y con ello, conductas, que vienen del derecho administrativo y del derecho penal accesorio, como la ecología y la economía. 3) El aumento de conductas punibles ya existentes, lo cual lleva al aumento de las penas o al adelanto de la punición, como los casos de drogas, de violencia, de conductas que se internacionalizan y el llamado

⁶¹ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, pp. 100/3.

⁶² SCHÜNEMANN, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2.

⁶³ HIRSCH, Hans Joachim. Seminario Internacional de Derecho Penal sobre "Problemas actuales de las ciencias penales" organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano entre el 19 y 23 de mayo de 1997.

crimen organizado. ZAFFARONI por su parte⁶⁴ ha encontrado los principales rasgos del derecho penal de emergencia: se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; la opinión pública reclama una solución; la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el derecho penal liberal. ZAFFARONI participa la opinión de que las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: el ataque de Satán y las brujas, los males cósmicos que requieren soluciones extremas y no convencionales, de allí la Inquisición y el defensismo, el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime, características propias de la legislación de los estados de policía. Esta legislación responde a ideologías antiliberales que ponen en jaque el estado de derecho y es preciso remarcar que hoy día, los principios liberales del derecho penal no necesitan derivarse de la razón como en CARMIGNANI o CARRARA, sino que están positivizados en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos que son obligatorios.

Pese a que la concepción de un derecho penal reconducido a sus postulados clásicos no está exenta de críticas⁶⁵, HIRSCH⁶⁶ sostiene que no se puede perder el concepto de bien jurídico porque haciéndolo difuso se va en retroceso y que la ciencia debe esforzarse para concretar los bienes de derecho. En cuanto a los delitos de peligro abstracto y concreto, señala que debe evitarse caer en meras violaciones a una norma. Los delitos de peligro abstracto, detrás deben tener uno concreto. En cuanto a la accesoriedad del derecho penal respecto del administrativo, sostiene que debido a la gran industrialización sólo es posible regular con permisos y autorizaciones, ya que es imposible lo haga un juez penal. Se debe remitir al juez administrativo. El juez penal no es una instancia superior para controlar la actividad del Estado. El derecho penal debe ser subsidiario, estar atrás, no adelante.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal, 1997, ya citado.

⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2, p. 17 y ss.

⁶⁶ HIRSCH, Hans J., ideas vertidas en el Seminario Internacional de Derecho Penal sobre "Problemas actuales de las ciencias penales", organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, entre el 19 y 23 de mayo de 1997, con la participación de los profesores Karl HEINZ GÖSSEL y Hans Joachim HIRSCH (Alemania), Miguel POLAINO NAVARRETE y José CEREZO MIR (España), Edgardo DONNA, Marco Antonio TERRAGNI, Norberto SPOLANSKY y Guillermo NAVARRO (Argentina).

En definitiva, las discusiones se reciclan, pero siguen siendo las mismas de quienes nos precedieron en el camino de la vida.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Aquí se incluyen otras obras de consulta, ya que no todas fueron citadas al pie de cada texto. Al final se mencionan algunas publicaciones donde todos los autores se refieren a temas directamente relacionados con esta exposición, y por tal razón no se detallan cada uno de sus trabajos.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. De paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, N° 3, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires 1996, pág. 47.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Segundo paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 4-5, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 47.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber? Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de vigencia del ordenamiento jurídico? Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, n° 11, p. 293.

BUTELER (H.), José Antonio. Garantías y bien jurídico. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 405.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBdeF/EDISOFER, Buenos Aires, 2007.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Crítica al funcionalismo normativista. Estudios Críticos de Derecho Penal Moderno (Patricio N. Sabadini compilador), edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, abril 2011, Pág. 17.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 431.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la ecrucijada. IBdeF. Montevideo-Buenos Aires, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Edit. Trotta, Madrid. 2003.

ESER, Albin. El bien jurídico en los análisis dogmáticos y políticos criminales. Edit. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1999.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema de delito. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 417

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, Derecho Penal, parte general. Edit. Temis, Bogotá, 2006.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. Delitos de Infracción de un Deber. Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 489.

HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho Penal. Pág. 11. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?” Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. Pág. 97 y ss.

JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009. Pág. 53.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Ediciones Cuyo, Mendoza, 2000.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 293 y ss.

JAKOBS, Günther. Fundamentos del Derecho Penal. (traducc. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Edit. Ad Hoc. Buenos Aires, 2013.

KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección el derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 19.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Edit. Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2012

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general. 4ta. edición, Barcelona, 1996, pág. 90 y ss. La 8va. edición, también consultada, es de editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 119

NESTLER, Cornelius. La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 63.

NIÑO, Luis Fernando. El bien jurídico como referencia garantista. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El bien jurídico en el Derecho Penal. Edit. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 427.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español, Parte Especial. Edit. Atelier, 5ta. Edición, Barcelona, 2008,

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, traducción de Manuel Cancio Meliá, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS. ISSN 1695-0194 RECPC 15-01 (2013). RECPC 15-01 (2013) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009. Pág. 73.

SABADINI, Patricio Nicolás. De entropía y enemigos. Un ensayo sobre directivas hobbesiana, modernidad y discursos de exclusión (prologo de Eduardo Demetrio Crespo). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2013.

SAMPAY, Arturo Enrique. La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional. Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.

SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo. Del Estado de Derecho al Estado Preventivo. Estudios Críticos de Derecho Penal Moderno (Patricio N. Sabadini compilador). Edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, abril 2011, pág. 123.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Edit. Ad Hoc, Año II, N° 1-2, Buenos Aires, 1996, p. 17.

TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en Derecho penal (traduc. Mónica Cuñarro). Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo, La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 94

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. EDIAR, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política y dogmática jurídico penal*. INACIPE, México, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal (Lectio Doctoralis en la Universidad Nacional de Rosario). Ediar-Universidad Nacional de Rosario. Buenos Aires, 2004.

AA.VV. El Derecho Penal ante la Criminalidad de Núcleo Duro. (textos de Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete, Miguel Polanino-Orts. Presentación de Jorge Buompadre). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2011.

AA.VV. Normativismo en Derecho Penal. (textos de Urs Kindhäuser, Miguel Polaino-Orts Presentación de Jorge Buompadre). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2011.

AA.VV. Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y Normativismo). Textos de José Cerezo Mir, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Moisés Moreno Hernández, Eugenio Raúl Zaffaroni. Centro de estudios de política criminal y ciencias penales, Edit. Jus Poenale, México, 2002.