

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni

Catedrático consulto Universidad de Buenos Aires.
Ex Ministro de la Corte Suprema de la Nación. Argentina. Socio FICP

~Ofensividad, autoría y Estado de derecho~

1. **El principio de ofensividad constitucional.** Séame permitido hacer un breve análisis dogmático en el marco del derecho penal argentino, dado que la dogmática debe elaborarse sobre un texto legal, tal como se indica desde VON JHERING.

La prohibición de imponer pena por una conducta que no afecte un bien jurídico, conocida como *principio de ofensividad*¹, se deriva directamente 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– entrometerse en la moral individual, como presupuesto del reconocimiento de *todo ser humano como persona* (ente con autonomía ética). Por ende, prohíbe imponer *una moral*, para preservar y garantizar los espacios de autonomía moral³, propios del concepto de *persona*.

El derecho positivo argentino, en el artículo 19° 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 fórmula⁵ establece el principio de *ofensividad jurídica general*⁶ (no limitado a la ley penal sino a toda acción estatal) como pilar del *Estado de derecho* y garantía del

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 por quienes pretenden continuamente ilustrarnos de *liberalismo* con sus citas.

² Esta es una de las conquistas más importantes de la modernidad, en que WELZEL señala a Christian THOMASIIUS 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 immoral*. 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 Se trata de una fórmula expresa muy poco común en el derecho constitucional comparado, aunque aparece en otros textos latinoamericanos. La redacción del 19°, vigente desde la Constitución de 1853,

carácter *intrascendente* de todo el orden jurídico. En el campo jurídico-penal (como particular *ofensividad penal*) se traduce en la exigencia de que la tipicidad presuponga la *ofensa a un bien jurídico* (por lesión o por peligro).

La *ofensividad penal* es una exigencia dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta formalmente típica, pero que en el caso concreto no ofenda un bien jurídico (su sentencia sería inconstitucional)⁷.

2. La (con)fusión del bien jurídico lesionado con el tutelado. La *ofensividad penal* como límite a la *potentia puniendi*⁸ del Estado no presupone ninguna *tutela* al bien jurídico, sino que es simplemente una exigencia constitucional que el legislador y el juez deben contemplar: el primero al crear los tipos y el segundo al decidir en cada caso concreto.

Es claro que el legislador hace un tipo penal porque *no quiere* que se lesione un bien jurídico de esa manera, pero eso no significa que el tipo penal lo *tutele*. El pseudoconcepto de *bien jurídico tutelado* es una creación de la doctrina, que no hace más que neutralizar la función limitadora del principio de *ofensividad*.

El derecho penal no crea bienes jurídicos, porque éstos son tales con total independencia de él, puesto que un ente sin tutela jurídica (constitucional, civil, administrativa, etc.) no es un bien jurídico. *Bien jurídico tutelado* es una expresión redundante, porque el derecho penal lo recibe *tutelado* y sólo se limita a penar algunas formas típicas de lesión⁹.

La pretensión de agregarle una *tutela penal*, tampoco es válida: si lo *tutela o no*, no es un dato normativo, sino óntico, que depende a un juicio fáctico de verificación,

apareció por primera vez en el Reglamento Provisorio de 1815. Arturo SAMPAY atribuye su autoría 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.

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, como se sostiene desde BINDING.

salvo en planteos que confundan el *deber ser* con el *ser*, mediante la presunción *juris et de jure* del efecto preventivo de la pena¹⁰.

Además, la pretendida tutela penal *despersonaliza* al bien jurídico y lo convierte en un *abstracto* interés del Estado: el bien jurídico concreto de la víctima nunca puede ser tutelado por el derecho penal, que interviene después de la ofensa. Lo que se pretende *tutelado* es una *abstracción* que, sin más, se desliza hacia un *interés del Estado*. Esta *confiscación* de los *bienes jurídicos* fue propia del penalismo fascista italiano, que de este modo *estatizó* todos los bienes jurídicos¹¹.

El bien jurídico es siempre una *relación de disponibilidad* de la persona para realizarse en co-existencia social¹², entendiendo por *disponibilidad* la *posibilidad de uso*. Por ende, la prohibición constitucional de ejercer el poder punitivo cuando la conducta no ofende un bien jurídico, es análoga a otras (legalidad, por ejemplo). No es

¹⁰ Las presunciones *juris et de jure* responden a razones prácticas y dan por cierto lo que en muchos casos (o en la mayoría) no es cierto. Es sabido que el derecho penal es en general refractario a este género de presunciones.

¹¹ Por ejemplo, la violación fue considerada un delito contra el bien jurídico *buenas costumbres*, es decir, que sería una forma de *mala costumbre*. En 1913 Arturo ROCCO había redefinido al bien jurídico como *interés* en L'oggetto del reato. 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* (ROCCO, Relazione al Re, 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 requisito de ofensividad del principio del estado constitucional de derecho de la Constitución de la República de 1947 (por ejemplo, FIANDACCA/MUSCO). No pocas veces e incluso ignorando la fuente, se invierten en sentido estatista las fórmulas de origen garantista, convirtiéndolas en una *garantía de obediencia para la autoridad del estado*. Los primeros comentaristas 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 Mussolini (SALTELLI/ROMANO DI FALCO, Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, 1931, I, pág.4).

¹² En buena medida nos ha inspirado la tesis de Michael MARX, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln, 1972 y el HEIDEGGER de Sein und Zeit. Lo sostenemos desde la Teoría del delito (1973) y desde el Manual de Derecho Penal (1977). Si los bienes jurídicos son relaciones de disponibilidad, no hay bienes jurídicos *indisponibles*. 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.

otra cosa que una limitación constitucional más a la *potentia puniendi* estatal, con el objeto de garantizar la condición de *persona* de todo *ser humano* (conforme con la Declaración Universal).

Esto no significa que tanto jurídica como realmente el derecho penal no cumpla una función de tutela de bienes jurídicos, pues resulta claro que *el derecho penal tutela todos los bienes jurídicos*, toda vez que al imponer límites a la *potentia puniendi* impide su descontrol y evita que el Estado lesione *todos los bienes jurídicos* y, por ende, deje de ser un Estado de derecho y la *persona* desaparezca como tal.

La (*con*)*fusión* entre bien jurídico *lesionado* por el delito y *tutelado* por el derecho penal fue el caballo de Troya que hizo que el bien jurídico sufriese la *parábola involutiva* que señala FERRAJOLI y que se remonta a los padres fundadores del derecho penal liberal que, en su tiempo, no tuvieron más remedio que caer en la (*con*)*fusión*¹³, por carecer de leyes constitucionales¹⁴, lo que hoy es absolutamente innecesario, en especial cuando nuestra Constitución es clara y terminante y, más aún, cuando desde los orígenes siempre los Estados latinoamericanos han sido *Estados constitucionales de derecho*, por reconocer el control judicial de constitucionalidad de las leyes¹⁵.

¹³ Como no disponían de constituciones, no tuvieron más remedio que crear el Estado de derecho derivándolo de la suprallegalidad (derecho natural), problema que siguió en Europa hasta después de 1945, pues los estados europeos no conocían el control de constitucionalidad, cuyos primeros antecedentes son del período de *entreguerras* (Austria con la *Oktoberverfassung* de 1921, Checoslovaquia y Alemania, bajo la Constitución de Weimar aunque por decisión del *Reichgericht* con fines reaccionarios). Los padres liberales, 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 necesario asignarle a la pena alguna función preventiva. Esta fue 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.

¹⁴ Acabaron construyendo un concepto penal (bien jurídico tutelado), para deducir de él el requisito político del principio de ofensividad. De este modo, los planos constitucional y 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 *con-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.

¹⁵ 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.

Sin embargo, tanto la doctrina europea actual como la latinoamericana, siguen cayendo en 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 ajeno¹⁶.

Esta (*con*)fusión tampoco es inofensiva desde la perspectiva del Estado de derecho, pues la función de contención de la ciencia jurídico penal se debilita tanto con la *confiscación fascista de los bienes jurídicos* como con la vulnerabilidad de un concepto nebuloso¹⁷, que se presenta como *made in Penal Law* cuando es claramente *made in Constitutional Law*.

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 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.

El *bien jurídico tutelado* inventado por el derecho penal y (*con*)fundido con el *lesionado* (establecido como requisito por el constitucional), dio lugar a que se lo redujese a una función *ordenadora* de la parte especial¹⁸; a que le asignase una función meramente *teleológica* y se *clonasen* bienes jurídicos a gusto, incluso haciendo de la moral y de la ética social un bien jurídico¹⁹; a que mediante su abstracción estatizante se inventase el peligro *abstracto* (*presunción de peligro* y *peligro de peligro*), por cuya vía se llega a adelantar la tipificación a los actos preparatorios e incluso a los momentos anteriores a la decisión criminal²⁰; a que se concibiese una lesión por acumulación y

¹⁶ 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.

¹⁷ Los detalles de los sucesivos y complejos conceptos de bien jurídico elaborados desde el derecho penal se sintetizan en varias 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. La nebulosidad del concepto de bien jurídico tutelado de factura penal acabó dando la sensación de servir para cualquier cosa (o para ninguna), lo que permite que se pretenda suprimir la lesión al bien jurídico (o sea, obviar el principio de ofensividad) en la teoría del delito.

¹⁸ En general, según el orden del Decálogo, pero desde Napoleón pusieron al estado en el lugar de Dios.

¹⁹ Ver los casos que señala GIMBERNAT ORDEIG en el prólogo al libro colectivo compilado por HEFENDEHL.

²⁰ 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.

universalización de la conducta²¹, cuando es sabido que no existe comportamiento humano que radicalmente generalizado no sea dañoso²².

3. Los caminos penales para violar el principio constitucional de ofensividad.

En síntesis: *el derecho penal se ha movido por dos caminos para neutralizar el principio de ofensividad y minar la base del Estado de derecho, ninguno de los cuales es admisible frente a la Constitución vigente:*

(a) la (*con*)fusión con el pseudoconcepto penal de *bien jurídico tutelado*, que lo *despersonaliza*, lo vuelve abstracto, nebuloso y apto para cualquier manipulación;

(b) la consecuencia inevitable de la anterior degradación conceptual abrió el camino para el ataque frontal al Estado de derecho, mediante la supresión lisa y llana del concepto en la teoría del delito y la consiguiente concepción de éste como mera lesión a un deber²³.

La más clara confrontación entre las *dos negaciones del principio de ofensividad* tuvo lugar en la dogmática alemana principalmente entre 1933 y 1945. En la disputa acerca de la interpretación de las leyes de ese tiempo²⁴ discutieron, por un lado, el neokantismo, defendiendo el constructo penal de *bien jurídico tutelado* y, por el otro, DAHM y SCHAFFSTEIN, partiendo de un planteo sistémico y postulando la esencia del delito como lesión al deber²⁵.

Nos hemos ocupado antes de esclarecer la forma en que el principio de ofensividad constitucional fue neutralizado desde el derecho penal mediante la (*con*)fusión con la invención doctrinaria del bien jurídico *tutelado*. Quedó claro que

²¹ El pretexto fueron tipos de conductas contra el medio ambiente, individualmente inofensivas, como orinar en un río.

²² Piénsese qué sucedería si todos nos dedicásemos sólo y exclusivamente a cuidar nuestro cuerpo y salud, parando la producción y desbaratando la economía.

²³ Esta negación reconoce lejanos antecedentes en los hegelianos, en la *teoría de los imperativos* y en el propio BINDING.

²⁴ La nómina de las principales leyes de preguerra y de guerra en VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, pp. 194 y ss.; los textos completos en Gerhard WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin, 1989.

²⁵ 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*, ZStW, 1938, pp. 675 y ss.; 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. 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*.

nuestra Constitución prohíbe imponer pena sin ofensa a un bien jurídico, sin que esto presuponga ninguna afirmación de *tutela*.

Por consiguiente, menos admisible aún resulta la pena a una conducta por la mera violación de la norma o deber. No obstante, y dado que en la dogmática alemana, si bien limitadamente, ha remozado la tendencia sistémica que inevitablemente lleva a concebir al delito como violación al deber, omitiendo toda exigencia de ofensa y, por mucho que eso resulte inconstitucional en nuestro derecho positivo, conviene ver su genealogía, su vinculación con los planteos sistémicos y, finalmente, descartar incluso la utilidad práctica de este renacimiento parcial en nuestro derecho penal.

4. La primera versión sistémica del delito como lesión al deber. DAHM y SCHAFFSTEIN construyeron su teoría del delito desde una posición sistémica. El *sistema* era la *comunidad del pueblo (Volksgemeinschaft)*, como ente *natural, como unión vital originaria* 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 tales*²⁶, unidos por la *raza* y, por ende, no incluía a quienes no pertenecían a la *raza* aunque viviesen en el territorio²⁷, es decir, que había intrasistémicos o *Volksgenossen* (partícipes del pueblo) y extrasistémicos o *Gemeinschaftsfremden* (extraños al pueblo).

El derecho era producido por la *Volksgemeinschaft* y el Estado era sólo un instrumento del sistema²⁸, concebido en forma de panal u hormiguero, en el que los intrasistémicos (*Volksgenossen*) ocupaban diferentes posiciones y, por ende, les incumbían dispares deberes. La lesión a esos deberes era una *omisión* que revelaba

²⁶ Cfr. Georg DAHM, en *Deutsches Recht*, pp. 206-207.

²⁷ Pero comprendía a los de la misma *raza* aunque viviesen fuera del territorio.

²⁸ Esta era la diferencia fundamental con el derecho penal fascista, tal como lo explicaba claramente Georg DAHM, en *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, 1935. Afirmaba que si bien la característica común era el antiliberalismo, la esencia diferencial provenía del modelo político: para el fascismo *el estado 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*. 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*. Del allí se desprende que para el fascismo la lesión al bien jurídico haya sido considerada una lesión a la autoridad del estado. De esa diferencia se deriva la legalidad autoritaria fascista y la analogía nazista: si el estado estaba subordinado a este ente, no era admisible el principio de legalidad, pues los jueces debían responder a la *comunidad del pueblo* antes que a la ley del estado; de allí la indicación de atenerse al *sano sentimiento del pueblo alemán* más que a la letra de la ley.

infidelidad (*Untreue*) hacia el sistema *comunidad*, de la que cada uno debía responder conforme a un criterio de gravedad subordinado a su posición en el sistema²⁹.

Toda infracción era, en alguna medida, una *traición a la comunidad*, que no debía evaluarse por el resultado, sino por la disposición interna conforme a sentido (*Gesinnung*), lo que daba lugar al *derecho penal de la voluntad (Willensstrafrecht)*³⁰, en que lo importante era que el infractor se revelase como *traidor a la comunidad*.³¹

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 intrasistémicos (*Volksgenossen*) se hallaban –por ser tales– en posición de garante (*Garantenstellung*) respecto de los valores del sistema al que pertenecían, con los respectivos grados de deber, según su posición en el sistema³².

5. La renovación limitada de la tesis del delito de lesión al deber. El renacimiento actual de la idea de *delitos de mera violación de deber* se plantea fundamentalmente con relación a la autoría.

La versión más difundida es la de ROXIN, que distingue entre autores por dominio del hecho y otros que lo son en razón del especial deber que les incumbe³³. Se trata de una versión *parcialmente sistémica*, aunque el sistema no tiene nada que ver con la *Volksgemeinschaft* ni con ese signo político. Los deberes derivados de la posición de deber son *legales* (y no *éticos*, como en el planteo sistémico de los años treinta), pero si se pretende que fundan *autoría* por su mera violación³⁴, necesariamente emergen de la

²⁹ Aunque se reconocía la dificultad metodológica, se llegó a proponer dejar de clasificar legalmente las infracciones por los bienes lesionados y pasar a hacerlo en razón de los deberes violados según la *posición en la comunidad*

³⁰ 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.

³¹ El derecho penal no se ocupaba de los *extraños a la comunidad del pueblo*, a los que se les podía exigir fidelidad, pues eran *no personas* y no se les podía considerar *traidores*. No eran sujetos del delito conforme al tipo de autor del traidor. Más bien eran objetos del derecho administrativo, pues la función del derecho penal era la de depurar a la comunidad de traidores.

³² Reconocían incluso pertenencia a entes interiores de los que emergían posiciones de garantes con deberes de actuar más estrictos: familia, ejército, funcionariado, etc.

³³ La distinción la formuló en 1963, desarrollándola hasta el presente (v. ROXIN, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1997, p. 283, donde formula la diferencia que luego releva a los efectos de la autoría).

³⁴ Además de ROXIN admiten esta forma de autoría, entre otros, Johannes WESSELS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Heidelberg, 1990, p. 148 (igual WESSELS/BEULKE, Heidelberg, 2011, p. 195); HELMUT FRISTER, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 2011, p. 378 (aunque con otros fundamentos: los considera delitos de omisión, al igual que en la primera versión señalada); SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München, 2010, p. 488. No parecen admitirlo Kristian KÜHL, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1997; Rolf SCHMIDT,

propia posición en el sistema, en especial los funcionarios públicos, los médicos, el padre, etc., según los ejemplos que se mencionan, con la consecuencia de que en estos casos suprime para el titular del deber toda diferencia con la participación, considerándolo siempre autor³⁵.

Para JAKOBS, en el fondo, todos los delitos tienen por esencia la violación del deber (de la norma), pues la función del derecho penal sería la reafirmación de la vigencia de la norma. En este sentido, el planteo sistémico general de este autor, está más cercano a la construcción originaria, aunque anclado en la legalidad, pese a que la cuestión de los roles excede el marco del mero deber legal. No obstante, establece también una diferencia entre los delitos que importan la violación a un deber general (deberes en virtud de *competencia de organización*) y los que se producen por violación de deberes especiales³⁶.

Más allá de las cuestiones metodológicas que estas clasificaciones suponen³⁷, y aunque no todos los *Sonderdelikte* son *Pflichtdelikte*, lo cierto es que las categorías no siempre son claras³⁸. Por otra parte, se corre el riesgo de que en la violación del deber especial del funcionario, por ejemplo, se esconda una suerte de reproche de *traición* o, al menos, de *Untreue* con respecto a la administración, aunque no por ello se llegue al tipo de autor, pero erigiendo en *bien jurídico* una supuesta *fidelidad a la administración*.

6. ¿Es necesaria la categoría de *delitos de deber* o de *mera violación del deber*?

No pretendemos incursionar en la necesidad o conveniencia de esta construcción en la dogmática alemana, pero cuando se toma una teoría extranjera es menester preguntar si se ajusta a la ley sobre la que se trabaja, es decir, si corresponde a la ley argentina o si presenta utilidad en la construcción dogmática del derecho penal nacional, en particular cuando viene precedida por una genealogía problemática y, además, ofrece una

Strafrecht, Allg. Teil, Hamburg, 2011; Urs KINDHÄUSER, Strafrecht, Allg. Teil, 2011, p. 328; Günter STRATENWERTH, Strafrecht, Allg. Teil, Berlin, 1971, p. 221.

³⁵ Cfr. Rudolf RENGIER, Strafrecht, Allg. Teil, München, 2011, p. 372.

³⁶ Günther JAKOBS, Strafrecht, Allg. Teil, Berlin, 1983, pags. 541, 645, 675.

³⁷ Conforme a las teorías del conocimiento que se manejan en las construcciones de los autores más citados, no es posible ignorar que ROXIN, que en el fondo sigue una línea muy cercana al neokantismo, de pronto irrumpe con una construcción de clara procedencia sistémica y, en cuanto a JAKOBS, que en general se acerca más a lo sistémico originario, de pronto adopta un concepto bastante óntico con el dominio del hecho, que si bien le cambia la denominación, no oculta su genealogía.

³⁸ No parece ser razonable que el hijo que instiga a un *extraneus* a matar al padre (o viceversa) resulte autor de parricidio, al menos sin caer en algún problema de legalidad que roza la integración analógica. Por otra parte, podría pensarse que el *caso de la bañera* estaría bien resuelto o, al menos, que la autora era la parturienta.

casuística que en el propio país de origen es discutida y tampoco queda demasiado clara.

Todo parece indicar que ROXIN construyó la tesis de la autoría en los delitos de mera violación del deber, con el objeto de cubrir posibles *huecos de punibilidad*³⁹. El código penal alemán contiene en su parágrafo 25° una definición de *autoría* (*Täterschaft*)⁴⁰ y es bastante difícil aceptar que el *intrañeus* sin dominio del hecho *comete* (*begeht*) el delito, sin apartarse de algún modo de la teoría básica del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) como definitoria de la autoría.

¿Acaso tenemos el mismo problema en el código penal argentino? Decididamente no, porque las escuetas disposiciones de los artículos 45° y 46° no definen la autoría ni las dos formas de participación⁴¹, sino que, inteligentemente, se limitan a establecer *reglas para la punición*⁴², conforme a cuatro figuras: *ejecutor*, *cooperador necesario*, *determinador* y *cooperador no necesario*⁴³.

A nuestros efectos nos interesan las categorías de *cooperador necesario* y de *determinador*, que abarcan los supuestos que crean problemas a la dogmática alemana.

Queda claro que el co-autor toma parte en la ejecución del hecho pero tiene las características del autor. El que tiene dominio del hecho sin estas características, no puede ser co-autor, pero como presta una cooperación necesaria al autor, es un *cooperador necesario* y es penado como el autor.

El *determinador*, por su parte, puede ser instigador, pero si bien *todo instigador es determinador*, *no todo determinador es instigador*, porque también *determina directamente a otro* el autor mediato que se vale de quien no actúa con dolo, de quien

³⁹ Así expresamente Rudolf RENGIER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2011, p. 372.

⁴⁰ & 25. **Autoría.** (1) *Será penado como autor quien cometa el hecho penal por sí mismo o por medio de otro.* (2) *Cometiendo el hecho penal varios en común, será penado cada uno como autor (co-autoría).*

& 25. **Täterschaft.** (1) *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.*

(2) *Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).*

⁴¹ La instigación está mencionada sólo en la parte especial: artículos 83° (instigación al suicidio), 99° (instigación al duelo) y el art. 209° (instigación a cometer un delito determinado contra una persona o institución), en tanto que se refiere a “inducción” el art. 148° (inducción de menor a la fuga del hogar).

⁴² Artículo 45°. *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.*

Artículo 46°. *Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad.*

⁴³ La dogmática puede mantener el concepto de autor conforme al dominio del hecho, pues cuando el participante no sea autor pero resulte cooperador necesario o determinador, se le impone la pena correspondiente al autor, salvo el caso de cooperación no necesaria, que obviamente es de complicidad, en que opera la escala penal reducida.

actúa sin culpabilidad, de quien actúa con dolo y culpabilidad pero no reúne las características del autor típico y, aún, el autor directo que se vale de un ser humano como instrumento que no realiza conducta⁴⁴ o de otro en los delitos de propia mano. En varias de estas hipótesis, cuando el interpuesto no reúne las características típicas del autor, el determinador no es autor del delito, pero *es autor de la directa determinación al delito* y recibe la misma pena del autor⁴⁵

En síntesis, no tiene sentido hacer una compleja construcción dogmática sin consecuencias prácticas, pues entre nosotros no soluciona ningún *hueco de punibilidad*, dado que están todos cubiertos con las sintéticas fórmulas legales que, por fortuna, han omitido las definiciones que deja libradas a la doctrina.

⁴⁴ *Ad demonstrationem* demos por cierto que el hipnotizado no realiza conducta y es determinado a violar a una mujer.

⁴⁵ Esta elaboración la sostenemos desde 1977 y puede verse ligeramente corregida y reiterada *in extenso* en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As., 2000, pp. 737 y ss.