

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

JUAN LUCAS FINKELSTEIN NAPPI ¹

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

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

I. PUNTOS DE PARTIDA

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

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

Bobbio² nos motiva a buscar caminos alternativos incardinados en un ejercicio discursivo asentado íntegramente sobre el Estado Constitucional de Derecho, como manera de enfrentarnos al ejercicio de poder, y así, de ese modo, tender hacia la conquista de mayores espacios de libertad. Son pocas las armas con las cuales cuenta el jurista para delimitar el campo de actuación del dominio de la fuerza, constituyendo la Constitución y su complejo de garantías individuales, uno de los pocos instrumentos existentes que pueden orientarse a tales fines.

Ésta y no otra debe ser la gran tarea que le incumba al estudioso, abogado ahora, no a la destreza legitimante de un *factum* extraño a su propia órbita, sino, antes bien, a desnudar las realidades de ese poder largamente idealizado³.

La mala conciencia del buen criminólogo sobre la cual nos ilustra Massimo Pavarini no constituye, en nuestras actuales contingencias, ni siquiera una opción posible; tan sólo un ejercicio de obstinación teórica, de espaldas al mundo, y en lo que nos convoca, lejos de la realidad punitiva circundante⁴.

El ejercicio de poder punitivo se ha vuelto insostenible. Frente a la ausencia de un discurso de legitimación coherente, sumado a las investigaciones desarrolladas en el ámbito de la criminología y de la sociología del castigo, el poder penal se halla en una encrucijada en virtud de la cual poco puede hacer para legitimar extrasistemáticamente las funciones instrumentales que tradicionalmente se le han asignado⁵.

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

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

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

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

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

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

Desde esta perspectiva encararemos el análisis que de seguido efectuaremos.

II. A MODO DE INTROITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. RECENSIÓN HISTÓRICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Cfme. *Tratado*, cit., p. 64.

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ CARRARA, cit., prefacio, p. XIII.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ Y con ello el concepto de bien jurídico pasó a ocupar un lugar meramente contingente, subordinado a la etización perseguida con la aplicación de la pena. En este sentido, el objeto afectado pasó a ser la norma ético social deducida del tipo, constituyendo el bien jurídico un instrumento de segundo orden. Cfme. *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 1970, ps. 11 y ss.; "Derecho y ética", en *Revista Argentina de Ciencias Penales*, n° 5, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, ps. 13 y ss.

Edmund Mezger³⁹ y Arturo Rocco, luego adoptado y radicalizado por la Escuela de Kiel alemana⁴⁰.

En las corrientes enunciadas, la noción de desobediencia al Estado (infracción del deber) era la característica primordial sobre la cual se asentaba la fundamentación del ilícito. Quien “delinquía” no dañaba a otro, sino que, por el contrario, desobedecía a un mandato estatal, impuesto coactivamente mediante la formulación de los tipos⁴¹.

Ello ha conducido a subjetivizar de forma radical el propio substrato del injusto, prescindiendo del elemento central requerido por las concepciones liberales, esto es, el resultado lesivo concreto. Por el contrario, con la infracción a una pauta ya era suficiente para tener por configurada, si bien con las excepciones del caso, la tipicidad objetiva⁴².

2. No obstante la Segunda Guerra Mundial, la constitucionalización y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el concepto de bien jurídico individual y el principio de ofensividad fueron abandonados casi por completo en Europa —y como consecuencia de ello en América—. Los autores de posguerra radicalizaron el peligro abstracto; proceso que llega hasta el día de hoy⁴³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

desarticular “faltas de respeto al orden jurídico”⁵¹ (!). No obstante ello, se advierte por parte de Jakobs una crítica (algo dual) hacia este tipo de subjetivizaciones⁵². Así: “En un estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano *también* tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit en libertades. Son tanto antes necesarios cuanto más frágil es en realidad la legitimación del Derecho penal, pues se la puede atacar de modo tan persuasivo” (!)⁵³.

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

“Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la teoría del bien jurídico que con la de la protección de normas: también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida *político*, no científico. No hay nada más que decir al respecto⁵⁴”.

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

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

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

⁵² Cfme. *idem*, ps. 319-324.

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

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

operador judicial a renunciar al ejercicio de la función más importante que el Estado de Derecho le tiene encomendada, a saber, controlar el ejercicio irracional de poder punitivo a través de una serie de filtros de raigambre constitucional positivizados allí como derechos y traducidos al lenguaje penal mediante una teoría del ilícito. De otro modo, no sólo la persona, sino también los propios juristas carecerían del derecho a ejercer el contralor, convirtiéndose ambos en meros autómatas que deben aceptar acríticamente las decisiones de un ente superior (Estado o sistema) cuya racionalidad no es lícito poner en tela de juicio.

La funcionalidad de la norma para con el sostenimiento del sistema, impone de acuerdo a esta peculiar tesis, su aceptación, cualquiera sea su contenido. Y allí finca su peligrosidad. No creemos que la obligación de filtrar los contenidos inconstitucionales de las normas sea una tarea reservada meramente al campo político, pues de lo contrario, el derecho penal a más de abandonar su función, acabaría constituyendo un mero conjunto de principios abstrusos orientados a racionalizar apriorísticamente todo tipo de decisiones, así sean más o menos irracionales, más o menos contrarias a los derechos humanos.

En virtud de ello, es claro que el derecho penal debe dirigir su actividad a controlar activamente el contenido de las normas, puesto que en nuestro tema en particular, el principio de ofensividad así lo exige, y aun en Alemania, cuya Constitución lo consagra en el artículo 2.1.

Si es en el ámbito de la política partidista de donde provienen los embates tendientes a la destrucción del principio de lesividad, a la minimización del bien jurídico y a la administrativización, deberá ser en el campo del derecho penal donde dicha nebulosa irracional sea corregida. Y si circunscribimos la cuestión a la "política criminal", del mismo modo el derecho penal tendrá la obligación de minimizar sus consecuencias, compatibilizándolas en todo lo que sea posible con los derechos humanos y la perspectiva constitucional.

IV. NUESTRA TESIS. EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO SU ELEMENTO FUNDANTE

1. Es necesario comprender antes de introducirnos de lleno en la elaboración de nuestro concepto, cuáles son los peligros que conlleva adoptar nociones como las descriptas en los párrafos anteriores.

Si sostuviésemos que el bien jurídico es un ente ideal, un mero deseo de orden estatal, una norma abstractamente considerada, o la vigencia del sistema, los límites de la criminalización devendrían hartamente amplios. El le-

gislador carecería de confines para punibilizar primariamente puesto que cualquier valor que considerase digno de “tutela” podría erigirse en bien jurídico, lo cual le abriría el campo para tipificar penalmente las conductas que no se aviniesen con su pretendida imperatividad ⁵⁵.

Este fenómeno es el que claramente se advierte en nuestra actualidad: multiplicación espuria de bienes jurídicos, en los cuales la lesión de un derecho está totalmente ausente ⁵⁶. Lo perjudicial a un tercero no se concretiza en dichos tipos puesto que su afectación se dirige a un mero mandato moral, ético o virtual, seleccionado caprichosamente por un legislador, y luego de ello racionalizado por algunos juristas.

La télesis que con ello se persigue es clara. En este sentido, tiene dicho Alagia que: “el carácter hermético de las soluciones, el normativismo moral que funda el disvalor de las acciones (Binding), la precisión en la investigación sobre los estados mentales, su definición de obra pedagógica, de programa ético-social para mejorar la vida del hombre en la sociedad y para servir de instrumento de bienestar y seguridad (Welzel, Jacobs) —*sic*—, como su falta absoluta de todo registro de historicidad, convierte el ejercicio de la teoría dogmática del ilícito, en un procedimiento de subsunción teológica de faltas con el único fin de instaurar una lealtad incondicional al poder” ⁵⁷.

2. Sin un límite constitucional claro ⁵⁸ las dos etapas en las cuales se encuentra dividido el proceso de criminalización carecerían de confinamientos efectivos. Es por dicho motivo que debemos construir un concepto de bien jurídico que a más de limitador, se compadezca con el principio de lesividad emergente del artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, tipos legales que no estén ajustados a dichos parámetros (lesión grave de un bien jurídico individual— derecho subjetivo—) serán lisa y llanamente contrarios a la juridicidad constitucional ⁵⁹.

⁵⁵ Sobre ello y con citas de RUDOLPHI *vid.* CUELLO, Joaquín, “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXV, Madrid, 1981, ps. 463 y ss.

⁵⁶ Sobre el problema consultar el más que interesante trabajo de STAECHELIN, Gregor, “¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del derecho penal?”, en AA.VV., *La insostenible...*, cit., ps. 289-304.

⁵⁷ Cfme. “De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, n° 1 y 2, 1997, p. 183.

⁵⁸ Que de hecho existe.

⁵⁹ No en vano ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR sostienen que el “bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad”, cit., 1ª ed., p. 463. Así, también, FERNÁNDEZ, Gonzalo, cit., p. 423.

3. “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”. De este modo se expresa la Constitución en su artículo 19.

No es menor destacar que de la citada norma emerge el principio liminar sobre el cual se asienta la Constitución toda, esto es: la idea de libertad, de autonomía frente a la sociedad en su globalidad como frente al aparato estatal. Ello viene a consagrar el derecho de toda persona a gozar no sólo de un ámbito de autonomía, sino de su libertad tan sólo confinada por el ejercicio de análoga potestad por parte de sus semejantes (principio de iguales libertades) ⁶⁰.

La disposición citada fue producto del Presbítero Antonio Saenz, quien tomando idéntica norma de la Constitución venezolana de 1811 la traspoló a nuestra cultura jurídica, y luego de ser positivizada en todos los intentos de constitucionalización ⁶¹ llegó hasta 1853, fecha en la cual se consolidó dicho *iter* institucional ⁶².

Su campo tutelar es mucho más amplio que el de la mera libertad religiosa, tal como sostenía Agustín De Vedia ⁶³. Es la piedra angular de toda libertad humana existente. Reconoce la posibilidad de realizar cualquier tipo de acción, aunque seleccionar el plan de vida a desarrollar, a menos que dicha opción importe un menoscabo en los derechos de otro sujeto. Y aquí es donde debemos detenernos. La posibilidad de bucear por el campo de la subjetividad tiene ese límite preciso: el daño concreto y grave a los derechos de un tercero. *Alterum non laedere* fue el brocárdico acuñado por

⁶⁰ De algún modo allí se cristaliza la dialéctica estructural entre el poder y la libertad a la cual ya hicimos referencia con anterioridad. Sobre ello, BOBBIO, Norberto, cit., ps. 27 y ss.

⁶¹ Es de destacar que el primer plexo en el cual hallamos dicha disposición es en el Proyecto de Constitución elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria en 1813. Para un breve *racconto* histórico en torno a esta norma remitimos a MONTES DE OCA, M. A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. I, La Buenos Aires, Buenos Aires, s/d, ps. 419 y ss.

⁶² Cfme. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Diké, Buenos Aires, 1975, ps. 9-23; CASTEX, FRANCISCO - SOBERANO, Marina, *Un análisis de la afectación al principio de reserva a través de los delitos asociativos*, ps. 278-280; BUNGE CAMPOS, Luis M., *El decreto de seguridad individual de 1811*, ps. 3 y ss.; ambos en HENDLER, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

⁶³ Cfme. *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, ps. 101 y ss.

Aristóteles ⁶⁴, por el cual se elevó a la categoría de principio general la obligación genérica de no dañar ⁶⁵.

Pues bien, desde esta perspectiva diremos que el objeto de afectación —bien jurídico— (y la lesión misma) ostentan raigambre constitucional. Conservaremos la utilización de dicho término pues posee rancio abolengo, mas lo mismo sería denominarlo derecho subjetivo, puesto que el contenido que aquí se le asignará comparte análoga naturaleza con aquél.

4. Para que sea posible la punibilización de una conducta, se torna constitucionalmente necesario que su substrato esté constituido por los siguientes elementos: la afectación grave a un derecho subjetivo constitucional determinado, cuya titularidad, obvio es, recaiga en una persona física. *A fortiori*, es plausible conceptualizar al bien jurídico como el derecho subjetivo personal y disponible, reconocido y tutelado por medio de la Constitución Nacional. O en otras palabras, como el derecho subjetivo constitucional manifestado en determinadas relaciones de disposición individuales concretas ⁶⁶.

Nos referimos a derecho subjetivo constitucional, pues un límite adicional debe estribar en la cantidad y cualidad de bienes cuya afectación pueda ser criminalizada, utilizando para ello la noción de última *ratio* y el principio de subsidiariedad no de forma legitimante, sino acotante.

En este sentido y si bien desde una perspectiva justificante del poder punitivo, varios autores circunscriben el objeto de la criminalización a la afectación de derechos constitucionales ⁶⁷.

Esta postura ha sido defendida con particular ahínco en el marco de la doctrina italiana. Su planteamiento radica en una reinterpretación del artículo 13 de la Constitución de dicho país, en la cual se declara a la “libertad” como uno de derechos constitucionalizados de mayor jerarquía jurídi-

⁶⁴ Expuesto en su *Ética Nicomáquea* y luego recogido por Ulpiano según lo manifiesta SAMPAY, Arturo E., cit., p. 39.

⁶⁵ Se torna necesario aclarar que este límite de ningún modo opera como agente legitimante de la intromisión estatal, sino que se erige en un requisito de menor irracionalidad punitiva.

⁶⁶ Sobre el concepto de disposición como elemento material del bien jurídico *vid.* por todos, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 463 y 464.

⁶⁷ Entre ellos, v.gr.: BARATTA, Alessandro, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 623 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, cit., ps. 476 y ss.; Franco BRICOLA, a quien especialmente se sindicó como el arquitecto de esta tesis; parcialmente, con argumentos algo confusos: ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos”, trad. de Diego M. Luzon Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 1997, ps. 55 y ss. En suma, es la tesis “constitucionalmente orientada del bien jurídico” según lo explicita VALENTI, Alessandro, “Principi di materialità e offensività”, en CADOPPI, A., *et al.*, *Introduzione al sistema penale*, v. I, Giappichelli Editore, Torino, 1997, ps. 245 y ss. Críticamente sobre esta última posición, FIANDANCA, Giovanni - MUSCO, Enzo, cit., ps. 38 y ss.

ca. Tomando en consideración que todo ejercicio de poder punitivo importa la limitación de la libertad personal, de acuerdo a esta posición —la cual reputamos correcta— para poder validamente restringir el amplio ejercicio de libertad, será menester asir conductas que lesionen derechos con su misma jerarquía, esto es, incorporados al plexo de garantías positivizado en el propio texto constitucional. En razón de ello, la restricción a la libertad de cada quien, sólo será lícita siempre y cuando se la realice en virtud de conductas lesivas de derechos con la misma (o similar) posición jurídica que aquella. Así, restringir la libertad (a través de la tipificación o de la propia condena) a raíz de la “lesión” o “puesta en peligro” de algún ente, función o derecho meramente legal devendría, en esta construcción, contrario a la propia letra (y a la télesis) constitucional ⁶⁸.

Curiosa es la posición que a este respecto adoptan Zaffaroni, Alagia y Slokar, pues si bien entienden que la tesitura mencionada importa un corte en punto al campo de lo punible, creen que, en virtud de la propia perspectiva legitimante de la cual dichas posiciones parten, implica la imposibilidad de adoptar la categoría como criterio de recorte en el marco de una posición agnóstica, a más de considerar ese acotamiento algo “exagerado” ⁶⁹.

No compartimos dicho criterio, pues consideramos que la solución es perfectamente compatible para con una perspectiva deslegitimante, además de ser la que a este respecto adopta la Constitución Nacional. De este modo, y siempre tomando este punto de partida, es plausible postular el criterio con arreglo al cual la criminalización tan sólo es lícita cuando abarque en su seno conductas que lesionan efectivamente derechos subjetivos constitucionales (y tan sólo éstos) de personas físicas, prescindiendo a tal fin de toda función “tutelar” no comprobada.

No creemos que ello implique la legitimación de la punición, sino antes bien, su mayor acotamiento. Por dicho motivo, estamos convencidos de que el precitado confín puede utilizarse como forma de estrechar el marco de lo “ilícito”, aunque no negamos que en algunas perspectivas justificantes haya sucedido todo lo contrario (completividad “tutelar” ⁷⁰).

⁶⁸ Cfr. MAZZACUVA, Nicola, “Diritto penale e Costituzione”, en *Introduzione...*, cit., ps. 85 y ss.

⁶⁹ Cfme. *op. cit.*, 1ª ed., ps. 464, 465 y 122. En idéntica senda, TERRADILLOS BASOCO, Juan, cit., ps. 16 y 17.

⁷⁰ En este sentido, es de destacar que mediante una extraña lógica deductiva se llegó a sostener la obligatoriedad de criminalizar aquellas conductas que lesionasen o pusieran en peligro determinados derechos constitucionales apelando al argumento según el cual dicho mandato coactivo emergía implícitamente del propio texto constitucional. Así, si la formulación de una norma constitucional concreta prescribía la protección, tutela o garantía de algún derecho determinado, ello ya constituía fundamento suficiente para sostener la obligatoriedad de la punibilización. Críticamente y con razón, FIANDANCA,

5. La conceptualización que respecto del bien jurídico hemos anteriormente ensayado proviene de las entrañas mismas de la disposición constitucional plasmada en el artículo 19. Cuando esta se refiere a que las acciones que pueden ser objeto de conocimiento jurisdiccional —y previamente por aplicación de su segundo párrafo establecidas negativa o positivamente por el legislador— deben ineludiblemente perjudicar a un tercero —y como consecuencia de ello al orden y a la moral pública, mas este requisito es una mera contingencia de aquél⁷¹—, está queriendo decir lo siguiente: lo criminalizable y luego sometible al *imperium* jurisdiccional sólo pueden ser acciones —y no personalidades (*nullum crimen sine conducta*)—, lesivas (perjudiquen; *nullum crimen sine iniuria*) de los derechos subjetivos constitucionales de personas físicas —perjudiquen a un tercero—.

De modo que el bien jurídico —como objeto de afectación— nunca podrá estar constituido por un valor impersonal —ni tampoco personal de un sujeto concreto, puesto que ello implicaría criminalizar disidencias valorativas, lo cual estrecharía de modo inconstitucional la posibilidad de sustentar valores subjetivos de conciencia o planes de vida libremente elegidos, alternativos a los dominantes⁷²—, o un pretendido derecho estatal a la conservación del orden, pues el perjuicio a un tercero como requisito constitucional básico lo tornaría ineficaz.

Ello nos lleva a concluir que la normativización de tipos penales en los cuales la lesión no esté dirigida a los derechos subjetivos que la propia Constitución reconoce a las personas físicas, no se compadece con su literal exégesis.

Giovanni - MUSCO, Enzo, cit., ps. 38-40; MOCCIA, Sergio, *Dalla tutela...*, cit., p. 370, para quien la consagración constitucional del principio de *ultima ratio* transformó en parcialmente insostenible a la tesitura de marras; MAZZACUVA, Nicola, cit., p. 87.

⁷¹ Puesto que la lesión al orden y a la moral pública sólo se produce cuando se vulneran derechos individuales de personas físicas. Según NINO es JOHN STUART MILL el más celebre partidario de esta tesis, cfr. *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 279; del mismo autor: “¿Da lo mismo omitir que actuar? (acerca de la valoración moral de los delitos por omisión)”, LL, 1979-C-803 y ss. Una relación breve de dicha interpretación en GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 168. Sin perjuicio de lo expuesto, diremos con Ferrando MANTOVANI que la expresión “orden público” constituye una mera abstracción conceptual, por cierto, algo indescifrable. Cfme. “Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, n° 2, p. 327. Acerca de la “Ley de Orden Público” española, por la cual se punían meros estados peligrosos, denotando todo ello la vaguedad del concepto, y con especial referencia a su utilización inconstitucional GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Orden público: un proyecto que no debe convertirse en ley”, en *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, ps. 18-22.

⁷² En este sentido, KARGL, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en AA.VV., *La insostenible...*, cit., p. 55. En contra, JAKOBS, Günther, *¿Qué protege...?*, cit., p. 31.

A más de ello, es claro que los denominados delitos “sin víctima” tampoco se ajustan a los parámetros constitucionales puesto que la perjudicialidad a un tercero como lineamiento mínimo los impedirían. Lo dicho, pues, un simple deber funcional no puede encuadrarse en la expresión “tercero” proveniente del artículo 19, CN ⁷³. De modo que si no hay víctima concreta, no puede haber válidamente punibilización.

Recapitulando, podemos decir que el bien jurídico es un derecho subjetivo constitucional, personal y disponible. La asimilación de los primeros con valores estatales imperativos, escindidos de una titularidad efectiva —aunque al parecer estatal— no constituye una categorización legítima.

6. De lo aquí sostenido puede advertirse que el citado concepto de bien jurídico, como objeto necesario de la lesión producida por el delito, propende a un proceso progresivo de decriminalización puesto que al asignarle como contenido el análogo a los derechos subjetivos constitucionales, tipos en los cuales no se constaten afectaciones a estos últimos, no serán jurídicamente posibles, a tenor de la ineludible perjudicialidad a un tercero como principio liminar de la punibilización.

V. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD. SUS DOS DIMENSIONES OPERATIVAS

1. El desarrollo del problema devendría incompleto si no nos ocupásemos de la segunda dimensión desde la cual debe analizárselo.

El principio de ofensividad presenta dos dimensiones analíticas ⁷⁴. Es decir que deberemos formular una dicotomía en torno a él en punto a abarcar correctamente todos los ángulos en los cuales se presenten problemas.

La primera de dichas dimensiones se halla en el ámbito de la criminalización primaria. Esto es, que el artículo 19 en cuanto exige la lesión de un derecho subjetivo constitucional como requisito esencial del tipo legal abstracto, constituye un mandato dirigido hacia la esfera del legislador ⁷⁵. Su significado importa lo siguiente: el órgano de criminalización primaria

⁷³ Tampoco podría equipararse con éxito la expresión tercero con el concepto de sociedad, pues esta última carece de personalidad jurídica propia. La sociedad entendida como un ente homogéneo y con objetivos e intereses comunes claramente perceptibles carece de sustento en la realidad, y si así no fuese de todos modos dicho ejercicio de analogía tampoco sería válido, pues es claro que “la sociedad” no es *per se* titular de derechos. La posición contraria nos conduciría, sin hesitar, al organicismo.

⁷⁴ Cfme. MANTOVANI, Ferrando, cit., p. 328.

⁷⁵ Cfme. MARINUCCI, Giorgio - DOLCINI, Emilio, “Constituzione e politica dei beni giuridici”, en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1994, n° 2, p. 335; VALENTI, Alessandro, cit., p. 259.

únicamente puede prohibir conductas en tanto y en cuanto éstas lesionen de modo grave derechos subjetivos ⁷⁶.

2. Como consecuencia de todo lo expuesto, diremos que la agencia legislativa —órgano criminalizante primario— se encuentra vedada para normativizar tipos en los que:

a) *no se exija la lesión —aquí careciendo de importancia en contra de quien—, sino tan sólo la introducción de un peligro a los efectos de la tipificación (y del juicio de tipicidad)* ⁷⁷.

b) *se exigiese el daño, mas no de los derechos de una persona particular, sino de un valor o ente impersonal carente de un titular asible (valor transpersonal).*

c) *tan sólo nos hallemos frente a una autolesión* ⁷⁸.

3. Para comprobar lo dicho, es menester definir los dos términos en los cuales asentamos la precitada aserción, a saber: la frase “perjudiquen a un tercero” proveniente del primer párrafo del artículo 19 de la CN.

⁷⁶ Sin perjuicio de las excepciones que disponen la propia Constitución y las que se admiten en virtud del artículo 14 de dicho cuerpo legal, de las cuales nos ocuparemos *infra*.

⁷⁷ Ello es lo que sucede con los denominados delitos de peligro abstracto y concreto. Por los primeros entendemos a la categoría normativa por la cual se prohíben abstractamente determinadas acciones carentes de lesividad alguna, presumiéndose *iure et de iure* la introducción de un riesgo de lesión (o de un simple peligro) para con un bien jurídico “tutelado”, ya sea individual (constitucional) o “espiritual”. Los de peligro concreto difieren de los abstractos en el sentido de que la idoneidad riesgosa de la acción, es decir, la certera configuración del peligro, debe ser probada en cada caso en particular. No nos sería posible aquí analizar todo el debate que se ha generado en torno a su imperancia, que, vale decir, no ha sido nada pacífico. A dicho fin remitimos a la bibliografía citada en la nota 13. No obstante ello, nos vemos obligados a efectuar dos referencias que tornamos imprescindibles para verter algo de luz sobre la cuestión. La primera de ellas finca en que la inconstitucionalidad de estas figuras no se revierte con la creación de “bienes jurídicos anticipados”, cuya criminalización deviene inconstitucional desde su formulación misma, puesto que la lesión a dichos valores, obvio es, que no se compadece en nada con la ofensividad individual concreta exigida constitucionalmente. En este sentido, se torna inadmisibile la tesitura de Günther JAKOBS en tanto se propone salvar a los delitos de peligro mediante una reformulación tan antijurídica como aquella, puesto que, por una parte, este autor sostiene enfáticamente la contrariedad de dicha tipología legal para con un “estado de libertades”, pero, por el otro, intenta legitimizar la categoría apelando a una pretendida “protección de bienes jurídicos anticipados (...) como la paz jurídica, la seguridad pública, un clima favorable al Derecho, etc.”, funcionando ello, de algún modo, como normas flanqueantes (!), cfr. *Criminalización...*, cit., ps. 293, 314 y ss. Sobre el problema *vid.* HASSEMER, Winfried, *Derecho...*, cit., p. 34. Y la segunda, tan sólo parafrasear a Félix HERZOG cuando nos advertía acerca de una “puesta en peligro del Derecho penal mediante el Derecho penal de la puesta en peligro”, citado por ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., p. 60.

⁷⁸ En contra, con argumentos decididamente insostenibles, SAGÜÉS, Nestor P., “Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad”, JA, 1986-IV-962/974. Por lo demás, y con especial referencia a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la buena doctrina se muestra pacífica al respecto, cfr. por todos: CAVALLERO, Ricardo, *Justicia criminal. Debates en la Corte Suprema*, Universidad, Buenos Aires, 1991, ps. 55 y ss.

Según lo estipula el *Diccionario* de la Real Academia Española, perjudicar significa: “ocasionar daño o menoscabo material o moral ⁷⁹”. Asimismo, daño implica lastimar, efecto de dañar ⁸⁰. Como puede advertirse de lo transcrito, el daño o menoscabo debe constituir algo asible, y no una mera presunción inasible.

Por otra parte, tercero se halla definido como “quien media entre dos o más personas ⁸¹”. De modo tal, que el término tercero sólo puede corresponderse con el de una persona humana, viviente, puesto que las cosas o los valores no son “terceros” en el sentido que se le ha asignado al término. Sin perjuicio de estas disquisiciones terminológicas, es por demás claro que cuando la Constitución alude a un tercero lo está haciendo respecto de una persona humana, puesto que las referencias al orden y la moral pública (en jerarquía inferior a aquél) ya se hallaron mencionadas.

No obstante ello, es claro que la génesis de la disposición se incardinó en este sentido, pues la ideología contractualista basada en el renunciamiento de los individuos respecto de una porción de sus esferas de libertad en punto a la obtención concreta de protección por parte de los poderes públicos, frente a ataques lesivos que los tuviesen como destinatarios directos, se erigía en el paradigma dominante.

En este sentido, y como síntesis de lo dicho, es oportuno traer a colación la siguiente reflexión de Wilhem von Humboldt ⁸², considerado uno de los claros exponentes del liberalismo dieciochesco: “*con vistas a garantizar la seguridad de los ciudadanos, el Estado debe prohibir o restringir todas aquellas acciones que se refieran de manera inmediata sólo a quien las realiza de las que se derive una lesión de los derechos de los otros, esto es, que mermen su libertad o su propiedad sin su consentimiento o en contra de él, o de las que haya que temerlo probablemente; probabilidad en la que habrá que tomar en consideración la dimensión del daño que se quiere causar y la importancia de la limitación de la libertad producida por una ley prohibitiva. Cualquier restricción de la libertad privada que vaya más allá o que se imponga por otros motivos se sale de los límites de la acción del Estado* ⁸³”.

⁷⁹ Cfme. *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 1578. Recordemos la ambigüedad que presenta este último término, razón por la cual debe ser relativizado a fin de no colisionar con la propia hermenéutica del principio.

⁸⁰ Cfme. t. I, p. 661.

⁸¹ Cfme. t. II, p. 1963.

⁸² Quien aclaramos, no era contractualista.

⁸³ Cfme. VON HUMBOLDT, Wilhelm, cit., p. 122, cursiva en el original, destacado agregado. Idéntico ideario fue recogido medio siglo después por John Stuart Mill en Inglaterra, habiendo sido ya formulado en 1689 por John LOCKE en su *Carta sobre la tolerancia* ya citada.

Por consiguiente, se patentiza que el tipo normativizado sólo puede estar compuesto por la lesión a los derechos de una persona física ⁸⁴, deviniendo nulas las figuras en las cuales se criminalicen conductas que nada dañan, sino tan sólo importen la introducción de un peligro y las que exigiendo la lesión, sólo estén dirigidas a castigar acciones cuyo objeto de ataque sean valores impersonales, es decir no sean derechos subjetivos individuales.

De este modo, se pone de resalto la interrelación existente entre los dos párrafos en los cuales se encuentra subdividido el artículo 19, CN, funcionando ambos con interdependencia directa, pues el principio de ofensividad (primer párrafo) se erige en el contenido material del cual debe nutrirse el principio de legalidad penal (segundo párrafo) ⁸⁵.

4. De acuerdo con lo dicho, se comprende que el primer campo de acción del principio de ofensividad debe operar en el marco de la punibilización primaria, limitando al legislador en el ámbito de su discrecionalidad. Si bien, es menester aclararlo, ello no funcionará coetáneamente con la sanción de la norma, dado que las respuestas simbólicas frente a las emergencias comunicativas brindadas con asiduidad por aquél ⁸⁶ constituirán, de suyo, un obstáculo insalvable a tales fines. No obstante ello, será el juez quien deberá adecuar los criterios legislativos a los mandatos provenientes del texto constitucional, estando obligado a declarar la inconstitucionalidad de todas aquellas normas que no se ajusten a los principios expuestos.

Luego de habernos ocupado de la primera dimensión operativa del principio, será necesario analizar la segunda de ellas, la cual a nuestro juicio es la que presenta mayores consecuencias prácticas, a tenor de que, en su gran mayoría, las habilitaciones normativas que produce la punibilización primaria no se materializan en la praxis. Ello, en virtud de la estructural selectividad que caracteriza al sistema ⁸⁷.

Como ya hemos sostenido, el principio de lesión a un bien jurídico individual (de raigambre constitucional) no tan sólo está dirigido a la esfera

⁸⁴ Aclarando que quedan comprendidos dentro del concepto los llamados “derechos o intereses difusos”, dado que no pasan de ser derechos de los cuales todas y cada una de las personas son titulares por su carácter de tal, y por tanto individualizables. Lo expuesto, a más de que muchos de ellos han sido constitucionalizados en la reforma que nuestra Carta Magna sufriera en el año 1994, razón por la cual no hay ningún óbice para englobarlos dentro de la categorización.

⁸⁵ Ver nota 88.

⁸⁶ Y de forma cada vez más creciente.

⁸⁷ Cfme. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de Álvaro Bunster, Siglo XXI, Buenos Aires, 2000, p. 172; ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 1ª ed., ps. 6 y ss.; PAVARINI, Massimo, cit., ps. 146 y ss.

del legislador. Su campo operativo se prolonga hasta la segunda (y sin hesitar la más importante) de las etapas de la criminalización: la secundaria. De modo tal que el juzgador mismo se halla limitado por aquél puesto que no podría legitimamente someter al seleccionado a una pena —ni afirmar la tipicidad de su acción—, si el hecho por éste cometido no ha menoscabado (“perjudiquen”, lesión efectiva) de modo grave (principio de insignificancia) un derecho subjetivo (bien jurídico) de una persona física.

Ello, pues:

a) El artículo 19 de la Carta Magna, en su primer párrafo, exige la lesión a un derecho subjetivo como requisito de mínima a los efectos de someter determinada conducta “a la autoridad de los magistrados”, lo cual nos indica que la acción no tan sólo debe estar configurada normativamente de este modo ⁸⁸, sino que también debe lesionar algo concreto en el campo de lo fáctico ⁸⁹, es decir en el hecho concreto que se somete a decisión. Por tanto, el juez o tribunal a los efectos de afirmar la tipicidad deberá constatar que en el caso sometido a su *imperium* se hayan lesionado los derechos constitucionales de una persona física, no bastando a estos efectos con el mero peligro de daño ⁹⁰. Si el menoscabo no se ha producido, esto es, si la lesión no ha podido verse concretada, no cabría posibilidad alguna de declarar típica a dicha conducta, puesto que la Constitución exige a los efectos de aquella que un tercero haya sido perjudicado de modo inequívoco (conflictividad) ⁹¹.

⁸⁸ Estos requisitos son propios de la criminalización primaria, puesto que el segundo párrafo del artículo constitucional citado reza que toda acción no prohibida expresamente se encuentra permitida, con lo cual para que la conducta esté tipificada es necesaria una manifestación volitiva en este sentido. Con lo dicho resolvemos adecuadamente el problema de la tipificación, pero se nos presenta un interrogante adicional: ¿cuáles serán las características que debe ineludiblemente reunir la conducta para poder ser tipificada? La respuesta a dicho problema proviene específicamente del primer párrafo del propio art. 19, en tanto exige la lesión, la perjudicialidad para con un tercero. De manera tal que todo lo no prohibido está permitido, y lo único que puede ser prohibido deparando su inobservancia una sanción penal, son las acciones lesivas de derechos subjetivos constitucionales.

⁸⁹ Si así no fuese, el principio de daño podría ser fácilmente sorteado.

⁹⁰ Vale decir que tampoco será punible —ni siquiera típico— un resultado no lesivo.

⁹¹ En contra, SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 79 y ss. En punto a la clásica contraposición entre el derecho penal de voluntad y el de resultado *vid.* STRATENWERTH, Günther, *Acción y resultado en derecho penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 23 y ss., en donde se hace referencia al prístino adagio romano *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*: En las malas acciones decide la voluntad, no el resultado. Es claro que dicho principio no puede sostenerse autónomamente —escindido del disvalor de resultado— a la luz del artículo 19 puesto que el resultado de lesión como requisito constitucional en pos de la tipificación y el ulterior juicio de tipicidad lo impedirían. Las “voluntades malvadas” cuyas consecuencias no se traduzcan en un menoscabo a un derecho personal no pueden ser punibilizadas, claro está, en un sistema de bases liberales. De este modo también se expresa ALAGIA, Alejandro, *De la críti-*

Aquí se advierte más claramente la dicotomía entre las dos dimensiones del principio, puesto que, verbigracia, el juez podría estar frente a un hecho cuya punición legislativa se adecue a la Constitución Nacional en virtud de su substrato prever la lesión a un derecho subjetivo —la propiedad, por ejemplo—, mas en donde el resultado lesivo típico (daño) no se haya producido. De modo que, en el presente supuesto, el principio adquiere todo su vigor neutralizando la posibilidad de dictar una condena, dado que la perjudicialidad a un tercero no se ha materializado. Por el contrario, si la sentencia aplicase la sanción en detrimento de este requisito, su inconstitucionalidad devendría indubitable. Y no tan sólo eso, si afirmase la tipicidad lo mismo sería nula, puesto que ninguna conducta tipificada podría sortear el juicio de antinormatividad, si en el caso concreto no apareje como resultado una lesión efectiva en los derechos de alguien (“autoridad de los magistrados” no tan sólo como conocimiento y decisión, sino a los efectos del juicio de tipicidad)

Ello es claro, pues el tipo sólo puede abarcar en su seno conflictos intersubjetivos, vistos en este estrato desde la óptica de las meras normas prohibitivas; con lo cual para que haya tipicidad es absolutamente patente que ese conflicto debe haberse configurado (daño).

Será en la antijuridicidad donde se afirmará o negará definitivamente el carácter conflictivo de la conducta analizada, vista ahora a la luz de las permisiones ⁹².

El legislador tan sólo puede prohibir acciones conflictivas, las cuales quedarán abstractamente formuladas en el tipo legal. El juez frente al caso concreto deberá analizar si la conducta tipificada importa lesión en los derechos de alguien, si así no fuese el ámbito de prohibición del tipo le impediría continuar con el análisis, dado que si aquél reproduce un conflicto en abstracto, y este no se constata en la realidad, no hay posibilidad alguna de sostener que aquella conducta realiza el tipo. Por tanto, si el tipo prohíbe acciones abstractamente conflictivas, la tipicidad deberá constatarlas ⁹³.

En este orden de ideas, es oportuno agregar que la sentencia mediante la cual se condene a una persona cuyo título delictivo esté compuesto por

ca..., cit., p. 186. Tampoco puede sostenerse que en los delitos de peligro concreto el resultado exigido constitucionalmente se produce, siendo ineludible a los efectos de la configuración de la tipicidad probarlo en el caso concreto, puesto que aquí el *exitus* constatado estriba en un peligro concreto de lesión y no en la lesión misma.

⁹² Seguimos en este punto a ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, cit., 2ª ed., ps. 589 y ss.

⁹³ Por ello, además de la constatación básica de la producción del resultado, luego deberán ser ponderados sus concretos efectos lesivos, como así también su magnitud, a efectos de advertir la procedencia de algún criterio de insignificancia que obste a la configuración de la tipicidad.

un tipo penal que formalmente no prevea la lesión de derechos subjetivos; que criminalice la mera introducción de un peligro presumido *iure et de iure*, o que imponga la prueba del peligro en el caso concreto —y no de la lesión— (salvo las excepciones puntuales en el campo de la tentativa, las cuales deberán ser analizadas con sumo rigor) lo mismo será contraria a la juridicidad constitucional.

5. Habrá que analizar detenidamente si por imperio del artículo 14 de la Constitución Nacional (negación del carácter absoluto de los derechos), el principio que hemos expuesto podrá ser pasible de algún atenuante, a más de las excepciones que la propia Constitución establece y de las cuales nos ocuparemos en el siguiente acápite ⁹⁴.

En este sentido, es posible sostener de manera apriorística, que la única excepción infraconstitucional a la regla de ofensividad estaría dada por una determinada subespecie de tentativa: aquella en la cual esta última esté tan próxima a la lesión, que de algún modo logren confundirse. Vale decir que el criterio citado operaría en las dos dimensiones del principio de lesividad; esto es: en el ámbito de la criminalización primaria posibilitando que el legislador normativice su punición y en el campo de punibilización secundaria, a través de la cual el tribunal podría admitir la configuración de tipicidad cuando la acción, si bien no produzca el resultado dañoso (por lesión), se aproxime de manera inequívoca a él, casi confundiéndose. Sin perjuicio de lo dicho, es lícito agregar que la excepción mencionada debe funcionar de modo harto restrictivo.

VI. RELATIVIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD INDIVIDUAL. SU TAXATIVIDAD

Tal cual lo venimos explicitando, la Constitución establece en su artículo 19 un principio claro en punto a la punibilización primaria. Es decir que el legislador sólo está habilitado para criminalizar conductas en tanto y en cuanto estas lesionen de modo grave derechos subjetivos constitucionales cuya titularidad activa le corresponda a “personas de carne y hueso ⁹⁵”.

Es bien conocida por todos la máxima que postula que toda regla, o mejor dicho todo principio general en pos de coronarse como tal, debe tener excepciones (hermenéutica jurídica). Es decir que estas últimas juegan un

⁹⁴ Siempre tomando como límite esencial al artículo 28 del mismo cuerpo normativo en tanto invalida a las leyes por medio de las cuales se desnaturalicen los principios que dice reglamentar.

⁹⁵ Este último término no nos pertenece, sino que lo hemos tomado literalmente de LUIGI FERRAJOLI. Cfme. *Derecho...*, cit., p. 478.

rol confirmatorio de la regla que se pretende establecer como universal. La propia Constitución Nacional contempla en su preceptiva determinadas excepciones al principio de ofensividad individual, las cuales se hallan normatizadas, verbigracia, en los artículos 29 y 36.

En las normas citadas, el constituyente le impone al legislador el mandato de criminalizar primariamente —y a las agencias de persecución la obligación de instar la acción— determinadas conductas “lesivas” que no se ajustan al principio expuesto a lo largo de este trabajo, puesto que en ambos tipos penales los afectados como consecuencia de la perpetración de las acciones delictuales no son personas individuales, sino conceptos algo difusos como “patria” u “orden institucional”.

Ahora bien, que la Constitución ordene criminalizar determinadas conductas que no lesionan derechos subjetivos de personas físicas, no implica extender el criterio a otros supuestos no contemplados por aquélla. Las precitadas excepciones poseen naturaleza constitucional, de modo que su armonización con el principio general emergente del artículo 19 deviene imperativa. Como hemos afirmado precedentemente, todo principio presenta excepciones, y este caso no será ajeno a dicha máxima. No obstante ello, es oportuno enfatizar que estas últimas, atendiendo a su excepcionalidad, sólo pueden provenir validamente del texto constitucional ⁹⁶. De tal manera que los supuestos por los cuales se limite la aplicación general del principio de lesión deben ser taxativos dado que sólo pueden legítimamente estar constituidos por los que a dichos efectos establezca la norma fundamental en su plexo.

Vale decir que ningún derecho es absoluto, no siendo el emergente del artículo 19 ajeno a dicha prescripción. Ello se desprende claramente de los términos del artículo 14 del mismo cuerpo legal. Pero, y esto hay que dejarlo en claro, la limitación debe estar precedida e informada de la razonabilidad exigida por una norma de análogo rango: la estipulada en el artículo 28 en tanto reza que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su

⁹⁶ Es de destacar que mediante una reforma constitucional podrían lícitamente introducirse nuevas excepciones al principio de daño, sin perjuicio de advertir que con carácter sumamente restrictivo. Ello a los efectos de no desnaturalizar la máxima; puesto que como manifiesta BIDART CAMPOS: “si la constitución se reforma transgrediendo el procedimiento ortodoxo que deriva de su artículo 30, o vulnerando lo que para nosotros son sus contenidos pétreos (suprimiéndolos o alterándolos esencialmente), las normas que se insertan en la constitución por vía de tal reforma son *inconstitucionales*, pese a haberse incorporado formalmente a la constitución” (*Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 339, destacado en el original). Sin perjuicio de que el autor no califica a la lesividad como contenido pétreo, nosotros creemos que sí ostenta tal carácter, en virtud de constituir uno de los instrumentos fundamentales para salvaguardar la libertad.

ejercicio”. De modo que los delitos que nada lesionan, o cuya ofensividad no resida en un derecho subjetivo acordado por la Constitución a un particular, no se ajustan a la razonabilidad imperativizada, salvo claro está, las restrictivas excepciones legislativas en el campo de la tentativa, de las cuales ya nos hemos ocupado en el anterior acápite.

VII. BIENES JURÍDICOS “INDISPONIBLES” Y CONSENTIMIENTO DEL “NO OFENDIDO”⁹⁷

Sin perjuicio de que el tratamiento exhaustivo de esta problemática escape a los límites del presente trabajo, nos abocaremos a esbozar las siguientes reflexiones: si dijimos que la criminalización de una conducta para ser válida constitucionalmente debe ser dañosa para con algún derecho subjetivo constitucional cuya titularidad le corresponda a una persona física —“perjudiquen a un tercero”, art. 19, CN—, no es lícito negarle la posibilidad de consentir o acordar la lesión a quien es su verdadero titular. Ello, pues, lo que la Constitución requiere a esos efectos es un daño cierto y coacto en la esfera de otro sujeto: *volenti non fit injuria*⁹⁸.

La noción de disponibilidad es consustancial para con el concepto de derecho subjetivo, de modo que tachar de intrascendente a dicho ejercicio legítimo por parte de su portador no se compadece en nada con la propia naturaleza de aquellos derechos, para colmo de origen constitucional.

Ergo, si el delito es lesión a un derecho subjetivo, y su titular consiente el menoscabo, no sería posible la habilitación de poder punitivo por el sencillo motivo de que fue su titular quien ejerció dicha opción. Así: “los derechos subjetivos solamente se reconocen a los individuos (...) frente a otros y ante el poder público. El Estado, por el contrario, no es titular de ellos⁹⁹...”. Lo contrario implicaría negarle su titularidad activa, puesto que la potestad de disponer sobre los derechos es inescindible de su efectiva portación.

⁹⁷ Nos referimos a “no ofendido” a los efectos de caracterizar al titular del bien jurídico que ha tolerado la conducta “lesiva”, puesto que el consentimiento excluye la tipicidad de la acción, y como consecuencia de ello la configuración del delito; de modo que si este último no se ha concretizado, no es plausible denominar a quien con su voluntad obstó a su materialización: “ofendido”. En puridad, esta interesante advertencia lingüística no nos pertenece, sino que es originaria de CARNELUTTI, según lo pone de resalto SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 373. Más modernamente, BOVINO, Alberto, “Sobre el consentimiento del no ofendido”, en *Revista de Derecho Penal*, n° 2, Juris, Rosario, 1993, ps. 1 y ss.

⁹⁸ Cfr. en este sentido, ALAGIA, Alejandro, “El consentimiento en la dogmática penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, ps. 314 y ss.; parcialmente, CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, *passim*.

⁹⁹ Cfme. PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 26.

Quienes asuman la posición contraria, podrían lícitamente sostener la legitimidad de negarle toda relevancia al consentimiento, amparándose en el artículo 14 de la CN en tanto niega la naturaleza absoluta de los derechos, pudiendo el legislador (y aquí los juristas sin la presencia de estos últimos) reglamentarlos si existiese razón suficiente para ello. Sin embargo el argumento carecería de todo asidero pues si bien es cierto que los derechos pueden válidamente ser reglamentados, nunca podrían ser desnaturalizados en forma tal que le impidan a su titular hacer gala de los mismos. El criterio de razonabilidad emergente del artículo 28 de la Carta Magna precisamente coarta dicho ejercicio legislativo discrecional.

A más de todo lo expuesto no es ocioso recordar aquí las palabras de Stuart Mill: “tan pronto algún aspecto de la conducta de una persona perjudica los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella (...) pero no hay lugar para plantearse tal cuestión cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de nadie aparte de ella misma o no los afecta a menos que los terceros lo quisieran”¹⁰⁰.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Creemos que, a estas alturas, es ocioso reiterar algunos de los conceptos aquí ya desarrollados, mas es necesario enfatizar una y otra vez sobre una cuestión de suma trascendencia, a saber: el paradigma en el cual se asienta nuestra institucionalidad. Sin este punto de partida cualquiera de los restantes problemas no podrá ser resuelto adecuadamente, o peor aún, mediante soluciones impostadas podrá llegarse a creer de modo espurio en su resolución, lo cual redundará en una ceguera infinita en pos de vislumbrar el bosque y no tan sólo el árbol.

El Estado Constitucional de Derecho es el modelo por el cual nuestro país ha optado en 1853/1860, y el que, pese al inveterado *facto*, ha sido ratificado en 1994 mediante la jerarquización constitucional de un conjunto de cuerpos normativos, por medio de los que se ha intentado agregar más límites aún, al poder omnímodo del aparato estatal.

Nuestro país, y en general el resto del planeta se ha sumido en procesos más o menos semejantes de constitucionalización. Un poder constituyente originario¹⁰¹ ha decidido en algún momento de nuestra historia esta-

¹⁰⁰ *On Liberty*, incluido en *Three Essays*, cap. IV, ps. 92 y 93, Oxford, 1975, citado a través de NINO, Carlos S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres’?”, LL, 1979-D-749.

¹⁰¹ Dejando aquí de lado la problematicidad planteada por Genaro CARRIÓ en punto a este término. Cfr. *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 33 y ss.

blecer derechos y garantías cuya función esencial estriba en la protección de la persona humana frente al Estado, puesto que “de esta(s) norma(s), ...sólo es lícito inferir derechos... de los habitantes y, paralelamente, obligaciones para el poder público ¹⁰²”. De modo que nuestra institucionalidad se corresponde, claro está, con la de un Estado constitucionalizado, es decir, limitado en el ejercicio de su poder.

Desde esta perspectiva nos enfrentamos al poder punitivo. Si bien, todos los cuerpos normativos supremos lo contemplan, no es menor destacar que de modo limitado, es decir, ajustado a determinados parámetros que ni la legislación ordinaria ni los operadores del sistema pueden quebrantar ¹⁰³.

En efecto, los derechos y garantías no tan sólo deben verse reflejados en una sistematización doctrinal más o menos caprichosa, en las cuales se los asimile a determinados principios políticos cuya imperatividad debe ceder frente a la emergencia coyuntural que alimente las ambiciones del poder. Vale decir que dichos principios deben tomar cuerpo en cada una de las soluciones que todos los actores mencionados asuman como propias.

Esta tesitura no implica tan sólo sumirse al orden constitucional *stricto sensu*, sino también, respetar a lo que en el campo supranacional nos hemos obligado. No debemos olvidar que la ratificación de determinados cuerpos normativos regionales o internacionales nos obliga frente al derecho comunitario e internacional. Según Pierre Pescatore, es “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios. Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la comunidad ¹⁰⁴”.

El control de constitucionalidad —doctrinario y judicial— es el instrumento primordial para limitar el ejercicio de poder punitivo. Frente a la irracionalidad con la cual este opera, se torna menester contraponerle una doctrina interpretativa asentada con exclusividad en los principios constitucio-

¹⁰² Cfme. CARRIÓ, Alejandro, *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional. Una relación cambiante y difícil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 41.

¹⁰³ Aunque, en rigor de verdad, en el campo de lo factual ello no ocurra de ese modo. En tal sentido, es clara la posición de ZAFFARONI en cuanto sostiene que la propia ideología que informa a los Derechos Humanos es antagónica respecto de todo ejercicio de poder punitivo, dado que este los viola incesantemente por su propia naturaleza. Cfme. “El marco constitucional iushumanista del saber penal”, en CDyJP, año V, n° 9 C, Ad-Hoc, ps. 33 y ss.

¹⁰⁴ Cfme. *Aspectos judiciales del “acervo comunitario”*, “Revista de Instituciones Europeas”, Madrid, 1981, ps. 331 y ss., p. 336, citado a través de GORDILLO, Agustín *et al*, *Derechos humanos*, 4ª ed., FDA, Buenos Aires, 1999, cap. II, p. 4.

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

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

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