

Análisis crítico de la posición de Günther Jakobs sobre la “criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”.

Claudio Javier Ritter.

1.- Planteo del problema.

En nuestro ámbito, la creciente sensación de inseguridad y temores que aquejan a la sociedad ha llevado al Legislador a ampliar de modo considerable el campo de la punición penal (¹).

El mecanismo empleado es el conocido: creación de figuras de peligro abstracto o protectora de bienes jurídicos colectivos (aún más abstractos que los peligros que advierte); sancionando actividades preparatorias que hasta entonces eran consideradas meras contravenciones o exentas de todo tipo de sanción; o, también, trastocando las originarias escalas penales, de modo tal que en muchos casos resulta difícil –cuando no imposible- establecer algún tipo de cotejo racional entre las mismas.

Todo ello, ha llevado a una flexibilización de las pautas tradicionales del Derecho Penal, a punto tal de tener que plantearnos hasta donde dicha actuación resulta legítima; y en qué término no importa ya un abandono de principios claves de lo que habitualmente denominamos “Derecho Penal liberal”. El cual, a mi modo de ver, a partir de la letra de los artículos 1, 14, 18, 19 y 24 de la Constitución Nacional (y tratados internacionales de esa misma jerarquía relacionados con la protección de los derechos y dignidad del hombre), ha sido adoptado constitucionalmente como modelo punitivo.

En medio de esa problemática suministrada por la realidad social imperante, surgen (o se importan) desarrollos teóricos que, potencialmente, pueden ser utilizados con una función legitimante de este tipo de actividades legislativas.

A mi modo de ver, las ideas expuestas por Günther Jakobs en “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, conllevan ese peligro.

El presente trabajo, tiene por objeto exponer alguna reflexión –por cierto que sin pretensión de exhaustividad- de algunos aspectos de dicho pensamiento; concretamente, su posición respecto a la legitimidad de lo que él denomina normas de “flanqueo” (²).

¹ De todos modos, el problema no parece ser exclusivamente telúrico, a juzgar por el amplio debate que esta misma circunstancia genera en la dogmática alemana (según se advierte en el trabajo de Jakobs que aquí se pretende analizar), española (según se advierte en la obra de J. M. Escribá Gregori: “La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal”) e italiana (según lo que surge de la obra de Luigi Ferrajoli “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”).

² Junto a este problema que él denomina “Parte Especial”, se encuentra un rico desarrollo teórico sobre los límites que surgen del principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” que amerita un tratamiento independiente. Es más, a mi modo de ver, el orden de tratamiento de esos problemas debió haber sido inverso; pues el relacionado con los bienes jurídicos debió haber sido el marco introductorio de la discusión que propone. Sin lugar a dudas,

Tampoco pretende ser una refutación dogmática a su esquema teórico. Simplemente pretendo reflexionar sobre las ideas que propone, confrontándolas con los principios básicos en materia penal que surgen desde la Constitución Nacional.

Ello claro está, reflejará también una particular lectura sobre tales preceptos constitucionales que, a los efectos de no generar equívocos en los disensos o en las adhesiones, procuraré explicitar del mejor modo posible.

2.- Cuestión previa: las incertidumbres de las palabras.

No por nada Jakobs se ocupa del problema de las normas de flanqueo, como colofón de su exposición teorizante sobre los delitos denominados de peligro abstracto. Pues, es particularmente en esta clase de delitos, donde el modelo del “bien jurídico de flanqueo” adquiere mayor eficacia legitimante. Es por ello que considero relevante, a los efectos de poner las cosas en su lugar, formular una primera reflexión sobre los conceptos que estamos manejando.

Cuando se indaga sobre el significado de “peligro abstracto”, se advierte que el mismo es un concepto (si se me permite la licencia) **doblemente** referencial.-

En efecto, en primer lugar, la noción de “peligro” constituye el extremo conceptual opuesto a los denominados “delitos de lesión”. A punto tal que se los define por sus características negativas: se trata de aquellos delitos que describen conductas que no tiene por objeto la efectiva concreción de una lesión al bien jurídico protegido por la figura sino que, tan solo lo ponen *en riesgo de lesión*.

A su vez, y ya dentro de la clase denominada “*delitos de peligro*”, el adjetivo “*abstracto*” constituye el extremo conceptual de “*concreto*”.

Ya a partir de este esbozo se advierten los problemas que acarrea el tratamiento de los denominados “delitos de peligro abstracto”; los cuales arrancan desde la base misma, en cuanto resulta vaga y ambigua su definición como palabra de clase (³).

De este modo para saber qué especies incluyo en la clase, debo tener perfectamente definidos los contornos de esta última. Es decir debo tener perfectamente descriptas y asignadas todas las propiedades consideradas imprescindibles para ejercer el “fuero de atracción”.

En el caso de los delitos de peligro abstracto, tenemos que lo “abstracto” es un concepto referencial de “lo concreto”; y ambos, en tanto “peligro”, son conceptos referenciales de lesión. Pero a su vez ambos -“peligro” y “lesión”-, giran en torno al concepto de “bien jurídico”.

Jakobs puede llegar a las conclusiones que llega sobre la extensión del principio de las “*cogitationis*” (en definitiva muy limitada, en virtud de las excepciones fundadas en la necesidad de “estandarización” de ciertas conductas), a partir de su particular desprecio por una noción “antropológica” de bien jurídico; es decir, si se me permite la licencia, apegada materialmente a la noción de ser humano.

Recorriendo el camino inverso, debe darse una definición concreta de “*bien jurídico*”, para luego establecer qué conductas lo lesionan y qué conductas lo ponen en peligro. Luego, debe distinguirse cuando la lesión es cercana o probable y cuando es remota o presunta.

Sin pretender girar tautológicamente sobre el mismo concepto, lo cierto es que ya en este camino de precisiones conceptuales pueden generarse un sin número de disensos que, si no se clarifican en su origen, pueden ocasionar confusiones o mal interpretaciones sobre aquello respecto de lo que se discute o sobre lo que se está de acuerdo (⁴).

3.- La importancia político criminal del concepto de bien jurídico.

La precisión del concepto de bien jurídico, resulta trascendente por cuanto, por tradición desde la dogmática clásica, se lo tomó como criterio limitador de la pretensión punitiva estatal (⁵). Es más, la clasificación de la que partimos para analizar el tema que nos convoca nos da la razón en esta afirmación.

En efecto, quien toma como principio rector de la norma penal la necesidad de que la misma debe proteger bienes jurídicos, se encuentra imposibilitado de legitimar las normas por sí mismas, ni puede imponer penas ante el simple quebrantamiento formal-normativo; sino que, por el contrario, tiene que demostrar las consecuencias indeseadas que están detrás del quebrantamiento de esa norma.

Ahora claro, esa función limitadora se borra o se diluye ostensiblemente, si se flexibiliza el concepto básico del que se parte. De modo que, si cualquier cosa puede ser un bien jurídico, cualquier cosa podrá ser incluida en un tipo penal.

4.- La idea de “norma de flanqueo” propuesta por Günther Jakobs.

Dicho autor parte de la base de que el quebrantamiento de una norma no tiene significación para el Derecho Penal por sus consecuencias externas, pues no puede remediarlas en tanto ya se hubieron producido. Desde otro punto de vista, agrega, que no es necesario que esas consecuencias externas se produzcan para que un quebrantamiento normativo tenga lugar y que por ello se imponga una pena (pone como ejemplo el caso de la tentativa).

Para Jakobs entonces, el dato decisivo de la conducta penalmente relevante no lo constituye el desarrollo de procesos causales considerados lesivos, sino el quebrantamiento mismo de la norma; por cuanto, importando ello una contradicción con lo

³ Con “palabra de clase”, me refiero a aquella expresión genérica que se usa para denotar especies del mismo género.

⁴ Como enseñaba Genaro R. Carrió: “Notas sobre derecho y lenguaje” (Ed. Abeledo-Perrot, 4ª edición), pág. 25/6.

⁵ Winfried Hassemer “Fundamentos del Derecho Penal”, traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero –Ed. Bosch, Barcelona, 1.984-, pág. 36. Del mismo autor, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” en Rev. “Doctrina Penal” (nº 45 a 48, Ed. Depalma, 1989) págs. 275/84.

que la norma establece, en definitiva se la desautoriza frente al resto de la sociedad. La pena constituye entonces, la respuesta a ese quebrantamiento de la norma; y su imposición demuestra al tejido social que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en la cual se puede seguir confiando. La pena viene a producir lo que él denomina “*mantenimiento contrafáctico*”; esto es, la demostración de la vigencia de la norma pese a su defraudación de facto, afirmando que lo que es defectuoso para el Derecho Penal, no es la expectativa en el acatamiento de la norma, sino la conducta del autor.

De todo ello, deduce Jakobs que la misión del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la de confirmar la vigencia efectiva de la norma (6).

A partir de tales premisas, Jakobs no tiene inconvenientes en afirmar que frente a la prohibición principista de que una conducta no puede ser criminalizada en tanto se la considere acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos; esa prohibición bien puede hallar justificación en tanto afecte un bien jurídico diverso del de lesión, antepuesto en resguardo de éste. De este modo, propicia la fragmentación del bien jurídico originario en tantos “sub bienes” jurídicos, como fueren necesarios para tal protección.

En este nuevo fenotipo de delitos, con un injusto meramente parcial, no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. La única condición que opone a este esquema para su legitimidad, es que el monto de pena amenazado por tales normas de flanqueo “...no alcance la severidad...” de la amenaza del bien jurídico principal (7).

Para justificar este esquema, recurre a sus postulados básicos. Para ello razona que, si una norma es eficaz en tanto asegura las expectativas de la sociedad, es necesario que la norma sea reconocible como estable por el potencialmente afectado aún antes del acaecimiento del episodio que la norma de lesión intenta proteger. Pues, pese a que una norma principal no ha sido quebrantada todavía (porque falta aún una concreta afectación externa de la misma), puede existir ya, sin embargo, la lesión de una norma de

6 Es cierto que Jakobs también sostiene que una conducta que ni objetivamente, ni según la opinión de los ciudadanos, tiene consecuencias perjudiciales, queda excluida por falta de referencia social, del ámbito que ha de ser regulado penalmente. Y que la norma penal, para ser legítima, ha de pasar por un filtro relativo a las consecuencias nocivas que están más allá del quebrantamiento de la norma. Pero ello, frente a la realidad legislativa, no deja de ser un mero juego de palabras que encubre el mecanismo ampliatorio de la punición. Pues, ¿quién define “objetivamente” lo que es dañoso para la sociedad?, ¿cómo se establece cuál es la opinión de la sociedad o de los conciudadanos?. Se trata en el fondo de conceptos brumosos y etéreos que se prestan para la –siempre vigente– verba del legislador de turno; quien a partir del frágil y ametódico diagnóstico de campo que suministran los programas periodísticos de actualidad y las encuestas pre electorales, “descubre” o “interpreta” lo que quiere la sociedad. Obviamente, expresiones de estas características no se compadecen con un criterio “minimalista” o “reductor” del derecho penal.

7 Jakobs: “Fundamentos del Derecho Penal” Capítulo IV “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pág. 229.

flanqueo, cuando el autor con su comportamiento da a entender que próximamente atentará contra la norma principal. Y cita un ejemplo efectista relacionando los delitos de homicidio y amenazas: “*la conciencia de tener el derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado*”⁽⁸⁾; en este sentido, enseña, que el delito de “amenazas” (sustentado en la protección de un “bien jurídico flanqueante” del bien jurídico “vida”) viene a garantizar “por anticipado” la confianza de la sociedad no ya en la norma flanqueante (a la sazón, en el bien jurídico de la misma característica), sino en la principal.

5.- Visión crítica de la propuesta.

Humildemente, desde mi óptica, el esquema que desde el punto de vista lógico suena convincente (pues siempre es bueno “anticipar” cualquier riesgo o temor de lesión) se da de patadas con postulados –a mi modo de ver- más esenciales para una sociedad democrática.

a) En primer lugar, constituye una cadena justificativa “*ad infinitum*” de todas las sanciones penales. Pues siempre puede afirmarse que los delitos de lesión necesitan normas de flanqueo; que estos, a su vez, necesitan de nuevas normas de flanqueo, y así sucesivamente.

Resulta claro entonces, que por este método de justificación de las normas, el bien jurídico pierde todo poder limitante de la actuación legislativa. Para este nuevo esquema, entonces, existirán normas que efectivamente protejan *auténticos* bienes jurídicos, y otras que solo protegen *artificiales* bienes jurídicos, a los que también se les reconoce legitimidad por la sola voluntad legislativa –o de su intérprete- de considerarlos necesarios para ayudar a la protección de los primeros.

b) En segundo lugar, el esquema propuesto⁽⁹⁾ reconduce irremediabilmente al estado de policía; en tanto se sustenta en la necesidad de evitar el temor y los miedos de la sociedad. Pues, si ese es el objeto y finalidad del derecho penal, la “sensación térmica” de miedo e inseguridad social se transforma en la exclusiva fuente material para la creación de todo tipo de prohibiciones penales y cualquier agravación de las penas⁽¹⁰⁾.

Se permite así, por un lado, la ampliación de modo indiscriminado del campo de las ilicitudes. Lo que termina afectando el esquema “liberal” de nuestro sistema penal.

⁸ Jakobs: ob. cit., pág. 223. De todos modos, el ejemplo no se adaptaría a nuestra estructura normativa; pues, conforme a la ubicación de la figura del art. 149 bis, puede afirmarse –por interpretación sistemática- que en nuestro Código Penal las “amenazas” no están pensadas como normas de flanqueo del homicidio.

⁹ Y esta crítica, estimo, en tanto apunta a las bases mismas del sistema propuesto, no queda acotada sólo a este exclusivo tema de las “normas de flanqueo”.

¹⁰ Lo que, incluso, ya está ocurriendo con algunos delitos de lesión: dejemos a los violadores el mayor tiempo posible adentro, no les demos la libertad condicional, por temor a que vuelvan a hacer lo mismo cuando salgan.

Esquema que, de modo innegable, está establecido en nuestra Constitución Nacional en el artículo 19.

Pero además, se pierde todo parámetro lógico de evaluación acerca de la razonabilidad sobre los montos de las escalas penales. Como la causa de la sanción ya no es el daño ocasionado sino el miedo de la sociedad, cualquier monto se justifica en tanto y en cuanto sea idóneo para favorecer la disminución de esa sensación. Con lo cual se pierde toda posibilidad no sólo de establecer el techo de la pretensión sancionatoria (pues a mayor miedo, mayor pena); sino, incluso, de efectuar algún cotejo comparativo con las amenazas de los restantes tipos penales: pues, en tanto logre fundar la efectiva existencia de un temor social, poco importa que el mismo tenga por interés proteger un objeto de escaso valor intrínseco.

Desde el punto de vista lógico, la única solución que cabe para este tipo de temores, se emparenta con los postulados del positivismo criminológico: “debe excluirse de por vida a quien genera el riesgo o temor social, o hasta que se le pase la intención de dañar el bien jurídico”.

c) También corresponde objetar que el esquema de anticipación protectoria de los bienes jurídicos, es una pirueta retórica que, desde el punto de vista lógico, reconduce al origen del problema sin suministrar una auténtica solución. Con lo cual sólo sirve para establecer una justificación, meramente formal, dentro del esquema conceptual que sustenta el propio autor. Más no sirve, para definir los límites político-criminales de un concreto sistema jurídico ⁽¹¹⁾.

En efecto, aún situándonos en el esquema conceptual del autor. Si las normas penales están para sostener la confianza de la sociedad en ellas mismas (en definitiva, ese el argumento) y, para cumplir tal cometido, se necesitan normas secundarias que ayuden a garantizar la confianza en las primeras, qué pasa cuando luego de aplicada la sanción por infracción a la norma secundaria, el sujeto persiste en su infracción (en el ejemplo de Jakobs, luego de ser condenado por amenazas, vuelve a amenazar a la misma víctima). En tal caso, ¿es factible volver a sancionar por una nueva infracción a la norma de flaqueo?.

Frente a una respuesta afirmativa, podría objetarse que si el objeto de la norma de flaqueo es la protección de la norma principal, rige el principio del “*ne bis in idem*”; pues el sujeto ya ha sido sancionado una vez por afectar esa norma principal. Dentro de su esquema conceptual, necesitaría de una norma que flanquee a la de flaqueo (una especie de reincidencia en este tipo de infracciones). El problema sigue siendo el mismo, si luego de ser condenado por la norma de flaqueo, comete la lesión prevista por la norma

¹¹ Pues, en definitiva, lo que está detrás de estas cuestiones es la inagotable discusión acerca sobre el fundamento y fin del derecho penal; esto es, una discusión acerca de sus límites.

principal; pues, en el caso, ya ha sido sancionado por la infracción, aunque indirecta, de la norma principal.

Si la respuesta fuere negativa, advertimos que la norma de flaqueo tiene una corta eficacia. Depende de la no insistencia en la lesión; lo que, entonces, no reconduce a la confianza de la sociedad, sino al convencimiento del propio autor. Aunque esto último no se compadece con el fin de prevención general de la norma que el mismo autor le adjudica.

d) Por último, analizada la cuestión desde un punto de vista material, el esquema tampoco convence. Y es por ello que –sostengo- la ejemplificación suministrada es tan solo efectista.

Como el propio Jakobs lo reconoce, para que sea legítima la pena de la norma de flaqueo no puede superar el monto de pena de la norma principal. En cualquier sistema jurídico (y el propio ejemplo de las amenazas que suministra así lo demuestra), ese tipo de sanciones será a lo sumo correccional; lo que está sujeto a un sinnúmero de posibilidades evitatorias de la privación de libertad. En nuestro sistema jurídico, el sujeto ni siquiera será detenido al momento de su procesamiento y, luego, podrá aspirar a una “probation” o –como mucho- a una condena de ejecución condicional. A lo más que podrá aspirar la víctima para ganar tranquilidad en que el bien jurídico principal no será afectado (para el caso, la vida), es a alguna medida de exclusión o impedimento de contacto (ya sea como medida cautelar o como condición para la no imposición de una pena); medida que, de todas maneras, depende más de la voluntad del infractor que de la potestad impeditiva del Estado (pues nada obstaculiza, más allá de la amenaza de revocarle un beneficio, que el infractor cumpla con el objetivo de dañar el bien jurídico principal).

Se advierte entonces, que la norma de flaqueo “per se” no tiene entidad material para evitar la sanción de la norma principal. Y si carece de esa entidad, tampoco existe argumento lógico que permita sostener que, pese a ese déficit, igualmente la sociedad mantendrá su confianza en la norma a partir de su empleo meramente simbólico.

También se observa, que en el esquema de Jakobs las normas de flaqueo sólo suministran un argumento para autorizar al Estado a intervenir de modo preventivo en la generación de conflictos de mayor envergadura.

Ello, no necesariamente es ilegítimo, pero probablemente escape a la órbita del derecho penal. Al menos, conforme al perfil que –creo- el mismo debe tener conforme a exigencias constitucionales.

En efecto, al menos en nuestro país, la actuación preventiva del Estado en la evitación del delito ha sido tradicionalmente canalizada dentro del marco teórico de lo que, constitucional y administrativamente, se conoce como “ejercicio de poder de policía” (12).

Así, en este marco conceptual, el poder de policía constituye el conjunto de herramientas prácticas y directas de que dispone el Estado para impedir todo ejercicio arbitrario y desmedido de los derechos individuales que afecten el interés público. Pero, para cumplir tales tareas, no necesariamente debe valerse de la imposición de penas. Pues “...el **‘no dejar hacer’** del poder de policía no es equivalente al **‘prohibir’** ni al **‘obligar’** ni al **‘nulificar’** del derecho común (penal o civil). El poder de policía, en su noción liberal, no es **‘sancionatorio’**: regula el contenido de lo debido o permitido (lo restringe) pero no sanciona su incumplimiento...” (13).

Y llegados a este punto, creo que no podremos negar que la mayor ejemplificación sobre normas de “flanqueo” la encontramos en el ámbito de lo que en nuestra organización jurídica se ha denominado “materia contravencional”; particularmente, en lo que algunos autores subclasifican como “contravenciones o faltas policiales” (14).

Al respecto, pongo por ejemplo, la ley de la Provincia de Buenos Aires nº 8.031, llamada “Código de Faltas Policiales” (15). Analizada dicha ley bajo las pautas descriptas por Jakobs, no cabe duda -para poner sólo algunos ejemplos- que los artículos 35 (16), 38 (17) y 53 (18) constituyen normas de “flanqueo” de las figuras de lesiones y/o del

¹² Enseña Villegas Basavilbaso (Derecho Administrativo Tomo V –TEA, 1.954-), que la noción de “poder de policía”, no es autóctona ni estrictamente aplicable a nuestro sistema constitucional pese a su generalizado uso. Fue empleada por primera vez en 1.827, por el juez Marshall, por entonces presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (pág. 89). En ese país, su desarrollo pretoriano ha adquirido una extensión poco limitable afirmándose que “...comprende el sistema total de regulación interior, por el cual el Estado busca no sólo preservar el orden público y prevenir ofensas contra el Estado, sino también establecer para la vida de relación de los ciudadanos, aquellas reglas de buenas maneras y de buena vecindad que se suponen suficientes para prevenir un conflicto de derechos y para asegurar a cada uno el goce ininterrumpido de lo suyo propio, hasta donde es razonablemente compatible con igual goce de derechos de los demás...” (pág. 92). Sin embargo, esa generalización en el uso, me lleva a introducir el concepto conforme a los lineamientos y límites que a continuación se expondrá.

¹³ Humberto Quiroga Lavié “Derecho Constitucional” –Depalma, reimpresión de 1.987-, pág. 231.

¹⁴ Nuñez, Ricardo C. en “Tratado de Derecho Penal”, Segunda Edición reimpresión de 1.987, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, Tomo I, pág. 19. Ciertamente, el concepto de poder de policía es sumamente amplio, pues habitualmente se lo entiende como el “conjunto de limitaciones impuestas a los individuos, en defensa de fines sociales generales: *“la seguridad, la salud y el confort, bienestar general en suma”* (Bielsa, Rafael (1964) “Derecho Administrativo” Sexta Edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, pág. 393 y siguientes). Pero es, sin lugar a dudas, una de esas manifestaciones (el denominado Poder de Policía de la seguridad), donde tiene fundamentos las “faltas o contravenciones policiales”. Sin perjuicio de que podemos encontrar aspectos represivos en otro tipo de contravenciones, es en esta subclase donde existe un contacto continuo con el Derecho Penal.

¹⁵ B.O. 12/4/73, texto ordenado según Decreto 181/87 y sujeto a posteriores modificaciones que no han alterado su esencia y espíritu. Invoco dicha legislación, por ser la que -conforme a mi ámbito de trabajo- más conozco y utilizo; aunque el esquema se reproduce en cualquier legislación contravencional, cualquiera fuere el órgano administrativo involucrado.

¹⁶ “Será reprimido...el que provocare a o incitare a otro a pelear, en la vía o parajes públicos o lugares expuestos al público.-”.

¹⁷ “Será sancionado...el que golpear o maltratase a otro sin causarle lesión...”.

¹⁸ “Será sancionado...el que portare elementos contundentes con los que pudiera agredir o provocar lesión dentro de los campos de juegos o en sus inmediaciones durante las horas en que se disputen partidos o se realicen espectáculos deportivos...”.

homicidio; el artículo 36 ⁽¹⁹⁾ lo es de la figura de daño; el artículo 39 ⁽²⁰⁾ de la figura del art. 106 del Código Penal; el artículo 42 ⁽²¹⁾, cumplía la misma función que ahora se pretende hacer cumplir al art. 189 bis del Código Penal; los artículos 55 ⁽²²⁾ y 56 ⁽²³⁾ respecto de los delitos contra la propiedad que reprimen el “apoderamiento”; el artículo 59 ⁽²⁴⁾ respecto del delito de estafa. A tal punto se adaptan estas disposiciones al esquema, que ninguna de las sanciones que amenazan exceden el mínimo de la escala penal del delito que “flanquean”.

Mucho se discute sobre la relación de los sistemas contravencional y delictual, pero no hace a la cuestión aquí en tratamiento ⁽²⁵⁾. Lo cierto es que, con independencia de esas discusiones, lo que ha quedado claro en nuestra organización jurídica desde hace casi 100 años ⁽²⁶⁾, es que las contravenciones o faltas policiales constituyen herramientas para la prevención y evitación de la comisión de delitos. Herramientas que, por su necesario carácter dinámico, deben quedar en manos del Poder Ejecutivo ⁽²⁷⁾. También ha quedado implícitamente claro que, dado el órgano que las detenta y por tratarse básicamente de normas permisivas de su actuación, deben procurar el menor daño posible en el ámbito de libertad de los individuos. Sobre todo porque resulta imposible el control “in situ” de tal actividad, permitiendo tan solo una posterior revisión de la razonabilidad o legalidad de la actuación. De modo que, lo que Jakobs denomina “normas de flanqueo” en nuestro sistema jurídico ha sido receptado –desde mucho antes de que

¹⁹ “Será reprimido...el que a una persona la sometiera a escarnio público, despojándola de sus ropas, total o parcialmente o haciéndola objeto de molestias arrojándole sustancias o materias que afecten sus vestimentas o su aspecto”.

²⁰ “Será reprimido...el que expusiere a cualquier peligro a un niño que tenga a su cuidado”.

²¹ “Será reprimido...el que sin permiso de la autoridad competente portare –fuera de su domicilio o dependencia privada- arma de las no comprendidas en los alcances de la Ley Nacional 20.429, o las que en su reemplazo se dicten”.

²² “Será reprimido...el que tuviere en su poder llave alterada o contrahecha, o bien llaves genuinas o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras sin justificar su posesión”.

²³ “Será sancionado...el que habiendo sido condenado por el delito contra la propiedad o penado por mendicidad o vagancia, tuviere en su poder llave alterada, o contrahecha o instrumento apto para abrir o forzar cerraduras”.

²⁴ “Será sancionado...a) el que se hiciera alojar en hoteles, posadas o se hiciera servir alimentos o bebidas en restaurantes, bares o cafés o se hiciera atender en peluquerías o establecimientos análogos con el propósito de no pagar pudiendo hacerlo.- b) El que, con el mismo propósito utilizare vehículo de transporte o coche de alquiler”.

²⁵ Ya es historia conocida el debate sobre el punto entre Sebastián Soler (“Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, 1.987. Ed. Tea. T. I, pág. 291 y sigs.) y Ricardo Nuñez (“Tratado de Derecho Penal”, Segunda Edición reimpresión de 1.987, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, Tomo I, pág. 18 y sigs.). Para el primero no había entre ambos sistemas diferencias ontológicas, mientras que para el segundo sí existían. La postura del primero tenía por objeto la necesidad de extender hasta las contravenciones las garantías de tipicidad y culpabilidad que suministraba la teoría del delito; aplicada al pie de la letra sus conclusiones, muchas de las figuras contravencionales deberían ser declaradas inconstitucionales. La postura del segundo pretendía preservar, frente al embate de la Nación, la autonomía de las provincias; por cierto que, sus enseñanzas, no habrían podido ser invocadas para justificar las reformas introducidas por la ley 25.886 en el art. 189 bis del C. Penal.

²⁶ Sólo los Proyectos de Código Penal de 1891 y 1906 contenían regulaciones simultáneas sobre delitos y contravenciones. Con ocasión del primero de ellos, surgieron tres posturas distintas: **(1)** los que opinaban que el C.P. debía legislar sobre faltas; **(2)** los que opinaban que el C.P. debía limitarse a señalar el máximo de la pena imponible por parte de las provincias; **(3)** los que opinaban que la legislación de faltas correspondía, en general, a las provincias y que el Congreso no tenía facultad para fijar el límite máximo de esa potestad. La primera de las posturas, primó en el proyecto de 1.891; la segunda en el de 1.906; y la tercera es la que se mantiene vigente desde 1.921.

²⁷ Una cosa distinta será que la definición, características y forma de uso de esas herramientas, la suministre de modo específico y taxativo el Poder Legislativo.

dicho autor tomara el biberón- con las mismas características y con los mismos objetivos, en una rama que -es bien cierto- no está acabadamente esclarecida su naturaleza jurídica, en la práctica se ha consolidado en sus funciones. Y, con el correr de los años y la consolidación de la democracia, ha sido dotada de los controles jurisdiccionales necesarios que garantizan el ejercicio de la defensa en juicio (²⁸).

6.- Conclusión.

a) Ciertamente, frente a un esquema de las características que expone Jakobs, se puede oponer un modelo distinto que se inserte armónicamente en los postulados básicos de nuestra Constitución Nacional.

Al respecto, no se me escapa que las normas constitucionales que tradicionalmente se referencian como bases de nuestro sistema penal admiten, lecturas más o menos estrictas sobre su extensión (²⁹). Esta circunstancia, lamentablemente resulta inevitable, pues el material de comunicación que empleamos (las palabras) conducen a ello (³⁰). Y es por esta razón que, previo a exponer una forma de lectura, debe aclararse el criterio “político-criminal” con que se lo hará.

b) En este sentido, comparto las ideas de quienes sostienen que el Derecho Penal no es otra cosa que la regulación limitativa del ejercicio de la pretensión punitiva estatal (³¹); y que la “Dogmática Penal” no está para justificar el poder, sino para desarrollar, dentro del lógico marco que permite la letra de las normas, los lineamientos necesarios para la delimitación de ese poder.

Sentado lo expuesto, es posible hacer una lectura de los preceptos constitucionales involucrados en “*clave garantista*” (³²), que permita sostener sobre bases firmes que la estructura de los delitos penales deberá asentarse sobre la necesaria protección de bienes jurídicos.

Con esta regla de interpretación –por supuesto que ideológica-, es posible hallar en nuestro esquema constitucional la consagración, junto al principio de “lesividad”, del de “mínima intervención estatal”, conjugando la letra de los artículos 14, 19 y 28.

²⁸ A modo de ejemplo, claramente el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: “*La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial...*” (el subrayado me pertenece).

²⁹ Marcelo Sancinetti: “Tipos de peligro en las figuras penales”, particularmente en pág. 159 (en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal”, n° 12).

³⁰ Genaro Carrió, obra citada en nota “4”, pág. 26/36.

³¹ El tratamiento sobre la –razonable- discusión acerca de si esa pretensión es legítima, o constituye una indebida expropiación del conflicto a la víctima, excede este marco.

³² Maximiliano Rusconi “Principios Fundamentales del Derecho Penal en una Sociedad Democrática” (en “MEMORIA. Talleres Regionales Foro Internacional Justicia y Derechos Humanos” –CEAS-).

El artículo 14 declara, como un derecho, el más amplio ejercicio de la libertad individual (³³); aunque establece la potestad del Estado de reglamentarlo (es decir, fijar restricciones). Es el artículo 19, el que regula el ámbito máximo de ejercicio de la libertad, al determinar –conforme al principio lógico de contradicción- que *“están sometidas a la autoridad de los magistrados aquellas acciones que de algún modo ofendan el orden, la moral pública y perjudiquen a un tercero”*. Estas dos disposiciones solo alcanzarían para sostener el límite “formal” de la potestad punitiva. Es decir, hasta aquí sabemos que el Constituyente declaró la libertad individual, pero permitió restringirla en aquellos aspectos que ofendan el orden y la moral pública y perjudiquen a terceros.

Pero, también es cierto que hasta allí los límites no son tan precisos; pues no se está definiendo lo que se entiende por “ofensa”, “orden público”, “moral pública” y “perjuicio”. Aunque no es menos cierto, que una norma de carácter fundacional para un sistema jurídico, para ganar efectividad en su objetivo, difícilmente pueda establecer tales precisiones. Es por ello que el Constituyente optó por incluir en el artículo 28 un nuevo límite, pero para las normas estatales limitadoras de derechos: la reglamentación sobre el ejercicio de los derechos y garantías no puede alterar su esencia (³⁴). También está claro y, creo que no necesito abundar sobre el tema, que dicho control de calidad normativo, es atribución de los jueces.

La conclusión que sigue a todo ello, constituye sólo un esbozo que excede los límites de este trabajo –y, por qué no, mi formación jus filosófica-. Y puede sintetizarse del siguiente modo: el criterio de razonabilidad establecido por el art. 28, **impone revisar el contenido “material” de la legislación reglamentaria de las libertades**. No bastará entonces para el legislador afirmar que tal ley procura evitar la ofensa de la moral pública, del orden público o el perjuicio a terceros; sino que deberá demostrarlo. Y con independencia de ello, corresponderá a los jueces y dogmáticos (cada uno desde sus ámbitos) verificar dicha circunstancia.

³³ Sin lugar a dudas en los verbos “trabajar”, “comerciar”, “peticionar”, “entrar”, “permanecer”, transitar”, “salir”, “publicar ideas”, “usar y disponer de la propiedad” y “asociarse”, están comprendidas todas las actividades humanas posibles, existentes y por existir.

³⁴ Surge así, la doctrina de la “razonabilidad” de las reglamentaciones. De la que no necesito abundar en detalles por ser un material conceptual básico en nuestra formación académica de grado. Solo deseo transcribir, porque me parece que sintetiza la idea que deseo plasmar, el desarrollo de Humberto Quiroga Lavié sobre el tema: **(1)** “...el criterio más objetivo para establecer la razonabilidad será determinar el punto de vista del entendimiento societario (justicia) sobre el caso: la justicia se da en términos de igualdad, pero ella no es creación de igualdades sino creación de igualaciones de libertad (Cossio). Justicia no es tratar por igual a los desiguales, sino al contrario: es tratarlos desigualmente, para igualarlos...”; **(2)** “...cuando una ley afecta a las libertades individuales y no beneficia a los intereses sociales, ella debe ser considerada irrazonable...”; **(3)** “...cuando una ley afecta a las libertades individuales, pero beneficia los intereses sociales, ella es en principio razonable, salvo que la afectación tenga tal carácter que, en virtud de ello, los mismos intereses sociales se encuentran afectados (en tal caso la ley no es razonable)...”; **(4)** “...Si hay duda sobre si una ley beneficia o no a los intereses sociales (es decir, sobre si la ley es o no razonable), hay que estar a favor de las libertades individuales (es decir que la ley es irrazonable)...” (“Derecho Constitucional” –Depalma, reimpresión de 1.987-, pág. 447/70).

Es, precisamente en esa actividad revisora donde nuevamente la lectura en clave garantista adquiere toda su eficacia. Del Preámbulo y de los artículos 1, 5 y 33 de la Constitución Nacional, surge el ideario histórico y filosófico que enmarca nuestra Carta Magna; y que, apretadamente para el objetivo de este trabajo y sólo con fines expositivos, puede sintetizarse del siguiente modo: **(1)** el fundamento contractualista del Estado, **(2)** el reconocimiento de que el hombre por ser tal posee derechos inalienables que deben ser respetados por el Estado, **(3)** el reconocimiento a cada provincia de la potestad de organizarse conforme a su idiosincrasia, pero a condición de que respete los dos primeros postulados. Ese ideario impone reconocer que el Estado está al servicio de los individuos y que, por ende, el único marco autorizado para restringir la actuación de los mismos, lo puede constituir la necesidad de preservar esa finalidad de servicio. Y es en este punto, donde se advierte con mayor claridad el principio de “mínima suficiencia” o “mínima intervención” pues la restricción de las libertades individuales debe garantizar el máximo de eficiencia estatal con el mínimo de lesión posible a las mismas.

Reconocida la presencia de este principio en nuestra Carta Magna, no existe inconveniente para reconocer que el principio de “lesividad” también surge del artículo 19, y que se está refiriendo a las “...afectaciones de bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)...” ⁽³⁵⁾. En definitiva, y cualquiera fueren las palabras y la construcción conceptual que se formule, lo que razonablemente puede entenderse de dicha cláusula, es que la norma penal debe describir alguna afectación lesiva lo más cercana posible de las personas de carne y hueso que son, en definitiva, las únicas destinatarias y beneficiarias del sistema jurídico.

c) Sentado lo expuesto, se impone la conclusión de que las únicas categorías de delitos constitucionalmente admisibles en nuestro sistema punitivo, son aquellas que se refieren a tipo de lesión o de peligro efectivamente corrido por el bien jurídico. Respecto de la primera categoría, previo definir el concepto referencial base (el bien jurídico) del modo más personal posible. Respecto de la segunda categoría, previo definir el peligro de forma exclusiva conforme a la tradicional conceptualización de los denominados delitos de peligro concreto. Esto es, exigiendo, en última instancia, la efectiva demostración de la concreción del peligro en el mundo real ⁽³⁶⁾.

d) Esta opción tampoco reniega de las ideas desarrolladas por la Teoría de la Imputación Objetiva. Pues tomando dicha teoría, como base de imputación, un incremento

³⁵ Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar “Derecho Penal. Parte General” –EDIAR, 2000-, pág. 120.

³⁶ Invoco la idea de Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada en nota 35, pág. 468 y sigs. (particularmente nº 11 y 12).

del riesgo no permitido superior al latente; sólo debe establecerse como principio normativo rector, la necesidad de verificar la efectiva existencia de ese incremento.

Es decir, en cualquier caso, fulminar –por reñido a los principios constitucionales antes expuestos- la interpretación legal “juris et de jure” de la generación del riesgo.