

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.