

LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Ariel Hernán Torres

I.- El tema

El objeto de este trabajo es analizar el principio de lesividad y su operatividad. Para ello comenzaremos por dar una breve introducción sobre el principio, su derivación constitucional, su previsión en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la implicancia que de ello deriva en el derecho interno. Nos referiremos a los casos en que se verifica una afectación insignificante del bien jurídico y al estudio de la problemática que plantean los delitos de peligro abstracto. Tomando como referencia fallos recientes, intentaremos finalmente fijar nuestra posición sobre la interpretación y alcance que a nuestro entender merecería el principio de lesividad hoy día.

II.- El principio de lesividad

Para un mejor desarrollo de la cuestión que pretendemos analizar, es importante comenzar por conocer qué implica el principio de lesividad. Para ello corresponde acudir al art. 19 de la Constitución Nacional en tanto determina que las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados cuando de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. Hablamos de una zona de libertad dentro de la cual el Estado no puede tener ningún tipo de injerencia sobre el hombre.

De modo que el principio de lesividad puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. Por lo demás, a los efectos de una adecuada interpretación del asunto que parta de la base de un derecho penal concebido

como un sistema destinado a contener y reducir el poder punitivo, no puede pasar por alto el concepto limitativo de bien jurídico afectado como expresión dogmático del principio de lesividad que viene a requerir también una entidad mínima de afectación, sea por lesión o por peligro, excluyendo así las bagatelas o afectaciones insignificantes¹ de las que nos ocuparemos más adelante.

El principio de lesividad “es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos”².

III.- Recepción en tratados de derechos humanos. Relación con el orden jurídico interno

El principio de lesividad remite en última instancia al principio republicano. Son numerosos los instrumentos internacionales que reconocen el principio lesividad, protector de la autonomía del ser humano. Por caso se puede mencionar el art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, o el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Con la reforma constitucional del año 1994 se estableció a través del art. 75 inc. 22 que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, dándosele a aquéllos expresamente enunciados en la norma, jerarquía constitucional. Se

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Bs. As., 2002, ps. 128/9.

² Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 466.

estableció que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, no derogaban artículo alguno de la primera parte de la Constitución y, asimismo, debían entenderse como complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos.

La incorporación de la normativa supranacional a la CN por intermedio de su art. 75 inc. 22, ha influido de manera determinante en la actividad punitiva del Estado. No puede negarse que esos instrumentos han venido a reforzar los límites que ya la CN trazaba al poder persecutorio que posee el Estado. Incluso, por un lado, han aportado nuevas herramientas que van a hacer las veces de barreras frente al interés del Estado por aplicar una sanción penal, mientras que, por otra parte, han venido a confirmar gran parte de las garantías preexistentes en la normativa interna.

Entonces, si los derechos y garantías reconocidos en los tratados de derechos humanos hacen las veces de piso mínimo de tutela, no parecería extraño, sino, antes bien, lo más razonable, que el Estado, a través de uno de sus poderes, cual es el Judicial, otorgue, a partir de esa “base” que brindan estos instrumentos, y mediante las sentencias dictadas en los casos concretos, un mayor resguardo o protección a los derechos que le son reconocidos en esos tratados a las personas que —eventualmente— resultan perseguidas penalmente.

No es nuevo afirmar que, en varias y diversas oportunidades, al momento de fallar sobre cuestiones de distinta naturaleza que comprometían a personas acusadas de haber cometido un delito, fue la propia CSJN la que reafirmó derechos y garantías en base al contenido de los distintos tratados que sobre derechos humanos reconoce el art. 75 inc. 22 de la CN. En algunos casos, tomó esos instrumentos a los efectos de brindar aún más sustento a un derecho o garantía determinada. En otros tantos, fueron los tratados los que sirvieron de punto de partida para aclarar un panorama interno no muy claro hasta ese entonces, y para, en su caso, llegar a una interpretación del asunto que derive en un mayor reconocimiento del derecho del acusado por sobre el interés del Estado de alcanzar la aplicación de una pena.

Ejemplos sobran. En el fallo “Giroldi”³ la CSJN afirmó que como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En “Quiroga”⁴ remarcó la necesidad de separar las funciones de acusar y juzgar como parte del derecho de defensa. Reafirmó la garantía que tiene el imputado a un juicio rápido y a que su situación frente a la ley penal sea definida dentro de un plazo razonable⁵, tal como ya hace mucho se había establecido en el leading case “Mattei”⁶, y como lo determinan expresamente los arts. 7, inciso 5º, y 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fijó su postura en casos donde se evidenciaban detenciones arbitrarias⁷, y en cuanto a la posibilidad de encarcelar preventivamente a una persona mientras se desarrolla el proceso, dijo que tal medida encuentra justificación sólo cuando se trata de evitar que se frustre la justicia, esto es, cuando las circunstancias del caso dan cuenta que el imputado podría aludir la acción de la justicia o entorpecer el curso de la investigación⁸. Hizo hincapié en la necesidad de asegurar al imputado la garantía constitucional de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial⁹. En “Santillán”¹⁰ reconoció al querellante la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria acorde a sus intereses como parte del derecho a la jurisdicción que posee implícitamente por intermedio del art. 18 de la CN y cuyo alcance, como la

³ CSJN, *Giroldi, Horacio D. y otro*, 1995, Fallos, 318:514. En el caso, además de asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en el art. 8º, inc. 2º, apart. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -garantía que, por lo demás, tendrá una nueva reafirmación y consolidación al fallar la Corte en el caso “Casal” (Fallos, 328:3399)-, se destacó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando, vale agregar, ya había consignado previo a ello, en el ya citado caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, y en torno a la interpretación de la Convención, que la misma debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ CSJN, *Quiroga*, 2004, Fallos, 327:5863.

⁵ CSJN, *M., J. A.*, 2007, Fallos, 330:4539.

⁶ CSJN, *Mattei, Ángel*, 1968, Fallos, 272:188.

⁷ CSJN, *P. C., M. E.*, 2007, DJ 2007-II, 621 - LA LEY 06/08/2007, 06/08/2007, 8 - LA LEY 2007-D, 625.

⁸ CSJN, *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P. causa N.284 XXXII*, 22/12/1998.

⁹ CSJN, *Llerena, Horacio L.*, 2005, Fallos, 328:1491.

¹⁰ CSJN, *Santillán*, 1998, Fallos, 321:2021.

posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes, estimó coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párr. primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Otro tanto ocurrió en “Mazzeo”¹¹, “Arancibia Clavel”¹² y “Simón”¹³, en los que se debía resolver el alcance de las garantías constitucionales de los sometidos a proceso, frente a las responsabilidades que los Tratados de Derechos Humanos imponen al Estado argentino en orden a reparar los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien, otro punto central sobre el que debe reposar el análisis que hoy día a nuestro entender merece el principio de lesividad, es el principio pro homine. Sobre el particular, se ha dicho en reiteradas ocasiones y oportunidades que los textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben ser interpretados de buena fe, y, en caso de duda, conforme a la cláusula pro homine. Es decir: estando siempre a la interpretación que garantice en mayor medida los derechos protegidos, e inversamente, a la disposición o normativa más restringida cuando se trata de imponer limitaciones al ejercicio de esos derechos¹⁴.

De hecho, poco tiempo atrás la propia CSJN hizo expresa alusión al principio pro homine al fallar en “Acosta”¹⁵. En esa ocasión, y ante la negativa de otorgársele a una persona perseguida penalmente la posibilidad de acceder al beneficio de la suspensión de juicio a prueba, dejó en claro que “... para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este

¹¹ CSJN, *Mazzeo*, 2007, Fallos, 330:3248.

¹² CSJN, *Arancibia Clavel*, 2004, Fallos, 327:3312.

¹³ CSJN, *Simón*, 2005, Fallos, 328:2056.

¹⁴ Pinto, Mónica, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian —Compiladores—, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997, p. 163 y ss.

¹⁵ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05-”, 23/4/2008.

propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. ...”.

Con todo lo dicho anteriormente intentamos dejar en claro el marco interpretativo bajo el cual el principio de lesividad debería ser analizado hoy en día. Así como la CSJN ha recurrido en todos los casos citados a instrumentos internacionales a los fines de determinar los alcances de algún derecho o garantía constitucional, lo mismo debería ocurrir por parte de los tribunales inferiores a la hora de verificar, por ejemplo, si en un caso concreto, determinada acción resulta constitucionalmente pasible de ser objeto de persecución penal, o si, por el contrario, la misma debe ser considerada exenta de la injerencia del poder punitivo estatal por no ofender al orden o a la moral pública o por no afectar derechos de terceros.

Es que hace ya muchos años se ha dicho que “... En materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata no necesitamos de una previa reforma constitucional. ...”¹⁶.

¹⁶ Gordillo, Agustín, *“La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”*, LA LEY 1992-B, 1292.

Es por eso que “desde 1994, al declararse la jerarquía constitucional de determinados Tratados de Derechos Humanos y habilitarse la jerarquía de otros en el futuro, mediando un procedimiento especial, el Poder Judicial en general y la Corte Suprema en particular están en posición o, dicho de otro modo, en el deber de ejercer y aplicar el control de convencionalidad. Este control debe ejercerse sobre las normas y los actos jurídicos internos que eventualmente violen derechos y garantías establecidos en los Tratados de Derechos Humanos o desatiendan la jurisprudencia emanada de los organismos internacionales de control”. De hecho, la CSJN “hizo suyas las expresiones de la Corte Interamericana en el caso ‘Almonacid’ acerca de que el tribunal internacional ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. Siguiendo esta doctrina la Corte argentina afirmó que ‘el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana’. ...”¹⁷.

IV.- La afectación insignificante del bien jurídico

La tipicidad objetiva no persigue tan sólo la verificación de un pragma típico. También busca la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en que no media conflictividad, lo que en última instancia deriva de los alcances constitucionales

¹⁷ Gelli, María Angélica, El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso "Mazzeo", LA LEY 2007-F, 1405.

que fija el art. 19 de la CN. Por eso es que además de una tipicidad objetiva sistemática que viene a proveer todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo, debemos hablar de una tipicidad conglobante que opera como barrera al avance poder punitivo y que quedará establecida en tanto y en cuanto se compruebe que existe un conflicto, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente.

Se deberá entonces comprobar en primer término la lesividad del pragma. Y es aquí donde enfocaremos esta parte del análisis: en uno de los supuestos de exclusión de la lesividad, esto es, cuando no hay afectación del bien jurídico o ésta no sea significativa.

El principio de insignificancia o de bagatela determina que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. Aparece no sólo como una manifestación del principio de última ratio, sino también como derivación del propio principio republicano del que se desprende directamente el principio de proporcionalidad que debe mediar entre la lesión al bien jurídico y la propia punición¹⁸.

Este principio de insignificancia ya era descripto tiempo atrás en estos términos: “... los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos; las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por ende, deben guardar una cierta proporción con la magnitud de afectación al bien; cuando la magnitud de la afectación es muy ínfima, se quiebra esta proporcionalidad necesaria, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con afectaciones insignificantes. De lo contrario, resultaría lesionada la disposición constitucional que prohíbe las penas. Pena “cruel” no es antónimo de pena “piadosa”, sino de pena “racional”, es decir, adecuada a la magnitud del injusto, lo que no sucede cuando media una desproporción de esta naturaleza (...) La otra explicación del principio de insignificancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico se relaciona directamente con el principio republicano de gobierno: todo el orden jurídico tiene un objeto, que es la seguridad jurídica; todas las leyes penales, dentro de ese orden, tienen un

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, ob. cit., págs. 455, 484 y ssgtes.

objeto más específico, que es la seguridad jurídica provista mediante la imposición de especiales consecuencias jurídicas —penas— cuando la conducta se considera socialmente intolerable y requiere la intervención estatal de un modo diferente del reparador. Por descontado que esto último tiene lugar frente a conductas de cierta gravedad, puesto que no cualquier nimiedad puede dar lugar a una intervención estatal con una pena. Por ende, la racionalidad que impone el principio republicano a los actos del poder público obliga a entender los tipos penales en forma tal que no abarquen las conductas que aunque a la letra textual entre en su descripción, no presente un mínimo racionalmente exigible de entidad de peligro o lesión. ...”¹⁹.

Para resumir: puede afirmarse que el principio de lesividad es fuente del principio de insignificancia. Es que en los casos de afectación mínima o insignificante del bien jurídico, una interpretación razonable del asunto —art. 28 de la Constitución Nacional— implica la no aceptación en esos supuestos de una tipicidad completa. Por ende, no podemos aceptar únicamente una mera relación causal entre la acción y el derecho de un tercero. Además de esa relación debemos contar con una afectación de cierta importancia. En efecto, una afectación ínfima no estaría en condiciones de superar la barrera que viene a imponer el principio constitucional de lesividad²⁰.

Fue con este mismo marco, que analizando un caso de lesiones en función del principio de insignificancia, se indicó que resultaba “razonable declarar que la lesión del bien jurídico es insuficiente para poner en marcha las graves consecuencias de la coerción penal, porque el hecho en sí no ha tenido entidad suficiente para comprometer sensiblemente el poder de disposición de un sujeto sobre su integridad corporal, y porque el ejercicio de la coerción penal sobre el

¹⁹ De la sentencia de primera instancia dictada por el juez Eugenio Raúl Zaffaroni en el caso “L.”, respecto del cual no se hace referencia a su fecha pero sí se indica la correspondiente al fallo de segunda instancia —30/10/1981— dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, citada por Gullco, Hernán Víctor, en Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia Comentada, Editores del Puerto, Bs. As., 2006, p.163 y ssgtes.

²⁰ Silvestroni, Mariano H., Teoría constitucional del delito, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, p. 211.

autor importaría una privación de bienes jurídicos sumamente rigurosa o desproporcionada a la entidad de la falta”²¹.

V.- Los delitos de peligro abstracto

Si bien el desarrollo de todas las cuestiones que traen consigo los denominados delitos de peligro abstracto excedería por lejos los límites fijados para este trabajo, lo cierto es que la problemática que en sí presentan estos delitos frente al principio de lesividad amerita hacer una a lo sumo mínima reflexión sobre el asunto.

En los delitos de peligro no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto. Se exige que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se pretende evitar. El tipo se reduce a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido sin necesidad de que ese peligro se haya verificado²². El legislador exige la mera puesta en peligro, y la cualidad de peligrosa es presumida²³. Desde la doctrina se ha cuestionado a estos delitos por afectar los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad²⁴, pero fue sin embargo la propia CSJN la que ha confirmado la validez de los delitos de peligro abstracto con relación a otras figuras penales en varios precedentes²⁵.

En lo que aquí interesa, vale señalar que en algunas ocasiones en los delitos de peligro abstracto se parte de una presunción de que todo comportamiento típico tiene relevancia lesiva, aún en los casos de no peligrosidad en concreto, lo que conlleva a construir una presunción *iuris et de iure*. De modo que la no peligrosidad no cuenta para el peligro abstracto. Esta concepción los transforma en delitos de mera desobediencia sin ninguna base en la mínima lesividad. Es por eso que a los fines de un razonamiento acorde al principio de lesividad se debería

²¹ Virgolini, Julio, Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia, *Doctrina Penal*, Año 8, 1985, p. 119 y ssgtes., citado por Gullco en *Principios...*, ob. cit., p. 168.

²² Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2da. Edición, Ed. Hammurabi, pág. 231.

²³ Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General*, 2da. Edición, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2009, p. 368.

²⁴ Da cuenta de este tema, si bien en el marco de análisis de otra figura, Patricia S. Ziffer en su trabajo “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, Número 3, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. pág. 335/6, principalmente nota al pie nro. 12. Más extensamente: Bacigalupo, ob. cit., págs. 232 y ssgtes.

²⁵ CSJN, Fallos: 316:2561; 321:160 y 323:3486.

llevar a cabo un análisis tendente a verificar si la conducta incriminada deviene o no idónea para poner en peligro los valores que según sea el caso protege la norma.

En efecto, y si bien en los delitos de peligro abstracto bastaría tan sólo con la posibilidad de un peligro para que se vea configurado el tipo penal, lo cierto es que se debería verificar, cuanto menos, una “sensata relación” entre la conducta incriminada y el bien jurídico tutelado²⁶. Esto último no implica transformar a los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, sino que, antes bien, resulta la solución más adecuada a los fines de no afectar el principio de lesividad.

En esa dirección parece dirigirse el voto de la juez Argibay en el caso “Arriola”²⁷ donde al analizar el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal se ocupa de verificar si efectivamente en el caso concreto la conducta imputada quedaba en verdad ajena a la intervención estatal y formaba parte de la esfera protegida por el art. 19 de la CN. También resulta ilustrativo lo dicho por el juez Lorenzetti al fallar en el mismo caso, ocasión en la que sostuvo que “el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva”²⁸.

VI.- Fallos recientes que analizan el principio de lesividad

Al día de hoy los alcances del principio de lesividad son discutidos en fallos que en definitiva resuelven cuestiones de distinta naturaleza. La operatividad del principio aparece analizada y ha tenido una recepción favorable en casos donde se analizaba el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal tal como

²⁶ De Luca, Javier Augusto, El delito de tenencia ilegal de armas de guerra, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1993, p. 33 y ssgtes..

²⁷ CSJN, “Arriola” -A. 891. XLIV., de fecha 25/8/2009.

²⁸ Considerando 14°.

se viera en el fallo “Arriola” de la CSJN, en falsificaciones de documentos²⁹, en algunos fallos y en numerosos votos minoritarios en aquellos delitos que afectan la propiedad como el hurto o robo³⁰, e incluso en torno a delitos contra el honor como calumnias e injurias³¹.

Pero el tema no termina ahí. Actualmente son más los casos en que se debate esta cuestión. Por ejemplo, en asuntos en los que se discutían disposiciones como el art. 13, 2do. párrafo, de la ley 25.761, que sanciona a “aquellas personas cuya actividad principal, secundaria o accesorio sea el desarmado de automotores y/o la comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados para automotores, e incumpliesen lo dispuesto en la presente ley...”³², o el art. 17 de la ley 12.331 que incrimina a aquellas personas que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia³³; ya han sido varios los pronunciamientos de cámaras de apelaciones en los que, partiendo del análisis de esas figuras penales, entre otros, bajo el principio de lesividad, llegan a concluir que las normas resultan inconstitucionales por cuanto no parecen perseguir conductas que en sí afecten bienes jurídicos.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, tampoco podemos dejar de señalar que en la mayoría de los casos donde se introduce como cuestión a resolver los eventuales alcances del principio de lesividad, las respuestas que otorgan los jueces y tribunales involucrados resulta ajena a la aplicación de tal principio. En efecto, ésta parece ser la salida más común que se encuentra a la hora de decidir cuestiones de esta naturaleza en delitos contra la propiedad. Aquí también sobran los ejemplos. ¿Los argumentos? No muchos. Veamos. Entre los que pude encontrar están los siguientes: i) que el principio no se encuentra contemplado en la legislación; ii) que

²⁹ Sobre este tema, ver el trabajo de Adrián Rivarea Solari titulado “El principio de lesividad en los delitos de falsificación de documentos”, publicado en www.catedrahendler.org.

³⁰ CNCC, Sala VI, “Gómez, Justo”, c. 28.348, rta. 15/3/2006, y, de la misma Sala, “Bueno, Sergio”, c. 29.846, rta. 20/6/2006; Sala V, el voto en disidencia de la jueza Garrigós de Rébora en “Rivas, María”, c. 29.197, rta. 26/5/2006; Sala VII, los votos en disidencia del juez Divito en “Gerban, Alfredo Javier”, c. 36.185, rta. 31/3/2009, y “B., D. A.”, c. 40.521, rta. 10/3/2011, entre muchos)

³¹ CNCP, Sala III, “Ruiz de la Vega, Carolina”, rta. 8/6/2004.

³² CNCC, Sala V, “Castagnaro Luis Paulino y otros s/ ley 25.761”, c. 38.747, rta. 19/3/2010; Sala VII, “M., J.”, c. 40.100, rta. 17/3/2011.

³³ CCCF, Sala I, “Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento”, c. 42.719, rta. 19/8/2009; CNCC, Sala V, “Chanquia, Cristian Marcelo s/ inf. ley 12.331”, c. 35.421, rta. 26/9/2008.

el bien jurídico protegido en delitos como el hurto o el robo es el derecho de propiedad entendido en sentido amplio y la insignificancia sólo podría operar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter independientemente del mayor o menor valor de aquélla, aspecto que en todo caso podría ser relevante a los fines de graduar la pena; iii) en concordancia con lo anterior, diversas figuras penales —robo, hurto, privación ilegítima de la libertad, calumnias, injurias, defraudaciones, falsificaciones, entre tantas otras— a los efectos de su aplicación, no distinguen graduación alguna en lo que hace a la lesión del bien jurídico que tutelan.

VII.- Crítica a la posición que rechaza la aplicación del principio de lesividad

Pues bien, con el marco fijado, debemos decir que estos tres argumentos centrales que por lo general se utilizan para dejar de lado la aplicación del principio de lesividad parten de una misma premisa errónea, que no es otra que el análisis parcializado y casi aislado de una figura penal, llegando al punto de omitir toda interpretación constitucional del asunto.

Repárese que la primera idea que se postula es la ausencia de legislación que contemple el principio, lo que como ya hemos intentado demostrar no es así. Muy por el contrario, el principio de lesividad deriva del art. 19 de la CN, como así también del propio art. 1 de la CN en cuanto recepta el principio republicano de gobierno, e incluso del art. 33 de la CN. Ya ha quedado fijado también el papel que ocupan los tratados de derechos incorporados luego de la reforma constitucional del año 94 a través del art. 75 inc. 22 de la CN. Muestra de ello lo dan el art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Los otros dos razonamientos utilizados se dirigen en un mismo sentido, cual es el intento de afirmar que la mera realización de la conducta punible conlleva a su indefectible sanción penal. Estos argumentos —que el bien jurídico protegido en delitos como el hurto o el robo es el derecho de propiedad entendido en sentido amplio y la insignificancia sólo podría operar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter independientemente del mayor o menor valor de aquélla, y que a los fines de tener por configurado un tipo penal, éstos no distinguen graduación alguna en lo que hace a la lesión del bien jurídico que tutelan—, por lo demás, fueron los utilizados por la CSJN en el fallo “Adami”³⁴ para calificar de arbitraria una sentencia de segunda instancia que había absuelto a los acusados en base al principio de insignificancia.

Pues bien, de un lado, estimamos que a la fecha, sin perjuicio de señalar que la mayoría en aquel entonces estuvo integrada por sólo tres votos, no puede descartarse otra interpretación del asunto dada la nueva integración del Máximo Tribunal. Por otra parte, y ahora yendo al fondo de la cuestión, creemos que estos razonamientos utilizados en “Adami” parten también de un análisis parcializado del asunto y conduce a no profundizar sobre el real alcance a asignarle en el caso concreto al art. 19 de la CN, lo que en definitiva resulta de suma importancia porque constituiría una cuestión federal sin cuya interpretación tornarían arbitrario el estudio que sí como contrapartida se hace del tipo penal previsto en el art. 162 del CP. El abordaje constitucional de ambas disposiciones, en estas condiciones, aparecería como una cuestión dirimente para la decisión del caso.

VIII.- Posición superadora de la cuestión

En estos últimos párrafos, luego de mencionar con anterioridad las críticas que consideramos merecen aquellos fallos que descartan la aplicación del principio, intentaremos fijar la que estimamos una posición superadora del planteo. Y esta idea que de alguna manera puede asimilarse a una especie de resumen a todo lo

³⁴ CSJN, Fallos, 308:1796.

expuesto hasta aquí, parte de un lugar concreto al que ya nos hemos referido: la necesidad de un análisis constitucional del asunto.

En otras palabras: se trata del estudio de la problemática a partir de nuestro bloque constitucional. Creemos que hacia ahí deberían dirigirse los fallos judiciales que resuelven asuntos penales. Lo que decimos no parecería novedoso, sino, antes bien, una obligación constitucional. De hecho la CSJN como máximo tribunal del país acude a este análisis tal como ha quedado evidenciado en otros pasajes del presente trabajo. Sin embargo, debemos volver a este punto porque la mayoría de los fallos de primera instancia y decisiones de diversas cámaras de apelaciones demuestran una interpretación ajena a la normativa constitucional y de los tratados de derechos humanos.

Veámoslo así. Tenemos un caso por resolver. Sólo contamos con la Constitución Nacional y con aquellos tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22. En esas condiciones, previo a dar por acreditada la responsabilidad penal de una persona en hechos de notoria afectación insignificante de un bien jurídico, vemos que se debería, cuanto menos, dar respuesta suficiente a las siguientes cuestiones: i) hasta qué punto una conducta de esa naturaleza insignificante puede considerarse como lesiva a derechos de terceros y por ende no protegida por los alcances del art. 19 de la CN; ii) resulta razonable en los términos del art. 28 de la CN la aplicación de una pena en este tipo de supuestos de escasa afectación de derechos o ello vendría a contrariar el principio de proporcionalidad mínima de la pena según el cual esta última debería guardar cuanto menos cierta relación racional y necesaria con la magnitud de la afectación que implicó su aplicación; iii) no se trataría, en su caso, y por resultar no adecuada a la magnitud del injusto, de una pena cruel contraria al principio de humanidad que se deriva del art. 18 de la CN; iv) no se afectaría la racionalidad que impone el principio republicano —art. 1, CN— a todo acto de gobierno, cuando se aplica una pena en casos donde, a pesar de que la conducta reprochada queda abarcada por un determinado tipo penal, no se observa una razonable y no mínima o ínfima afectación o puesta en peligro de un derecho; v) dónde queda la interpretación de buena fe que merece tanto el texto constitucional como los tratados internacionales que consagran derechos; vi)

llegado el caso, si hubiese duda, no debería acudir a la cláusula *pro homine* para definir el asunto; vii) partiendo de la base de que la intervención punitiva aparece como la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos y que el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo³⁵, aparece entonces como razonable, justificada, necesaria y ajustada a los demás parámetros constitucionales referenciados la intervención del poder punitivo en hechos de insignificante magnitud del injusto.

Ahora bien, consideramos que cuanto menos estos interrogantes deberían ser rechazados de manera consistente para no tornar arbitraria una decisión que en casos de indudable insignificancia se pretende aplicar una pena. No creemos haber sido novedosos en la mención de ellos. Muchos ya han sido tomados como referencia en fallos concretos. Seguramente otros puntos de análisis se nos han escapado en el intento por abarcar todo el panorama que rodea la cuestión. Como se ve, no es un tema sencillo. Lo que también hemos intentado demostrar es la notoria distancia que hay entre aquellos argumentos que se utilizan a los fines de no tornar operativo el principio de lesividad en un caso concreto —hemos mencionado tres razonamientos que los he calificado como principales, pero debemos ser honesto también en señalar que por lo general la mayoría de los fallos se remiten a éstos y no otorgan, ya desde hace muchos años, interpretaciones novedosas— y el análisis de hecho más profundo y puntual que merecería el tema.

En definitiva: reiteramos una vez más, un análisis a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados sobre Derechos Humanos, conllevaría hoy día, por un lado, a un obligado estudio más riguroso de la cuestión, y, por otro, tornaría también imperativa la respuesta detallada, consistente y coherente a cada uno de aquellos principios y garantías constitucionales que tal como se viera también entrarían en escena y podrían resultar directamente comprometidos en el asunto.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, ob cit., p. 465.