

ANTICIPACIÓN DEL DERECHO PENAL: ¿Cuál es la frontera?. Nuevamente sobre el poder de las garantías en la moderna dogmática jurídico penal.

Maximiliano A. Rusconi

1) Unas pocas pinceladas para definir el contexto.

Lo hemos logrado. En estos tiempos, y luego de diversos, permanentes y creativos impulsos científicos que han erosionado las fronteras del derecho penal como mecanismo de resolución de conflictos, hemos llegado a imaginar enormes bondades del derecho penal, sin importar lo indemostrable de estos extremos. Hemos conseguido tal nivel de optimismo, en relación con las aparentes consecuencias sociales de esta rama normativa, que ni siquiera está claro, en el contexto cultural del mundo occidental, que el paradigma de “última ratio”, de carácter fragmentario del sistema penal o la misma idea de una búsqueda sólo subsidiaria de este plan de violencia institucional, logren, siquiera entre nosotros, verdadero consenso.

Es muy ilustrativo, por ejemplo, que las defensas de una eventual expansión del derecho penal, del sistema de control penal, ya no suenan como discursos ubicables sólo a raíz de paneos paleontológicos, sino que nos obligan a no escandalizarnos con el planteo y, en todo caso, responder educada y afirmativamente a la invitación al debate.

Por ejemplo, y sólo para ilustrar aquello que aquí se formula como tesis periférica, recientemente el Prof. Kindhäuser, explicando las razones, justamente, de la intensa discusión sobre los delitos de peligro, ha podido decir que: “La tercera razón de la intensa discusión en torno a los delitos de peligro atañe al anclaje ético-social del Derecho penal en una sociedad pluralista. Aquí se entrelazan dos movimientos con un efecto de reforzamiento mutuo. Por una parte, en una sociedad pluralista, se erosiona hasta quebrarse aquella base de orientación religiosa común y acuerdo moral que une a todos los ciudadanos del Estado. El derecho de presenta como un único sustituto más o menos estable para resolver aceptablemente conflictos de manera general. La consecuencia de esto es que la sociedad se “juridifica” cada vez más y, por tanto, aumenta la importancia del Derecho penal como medio de reacción frente al comportamiento desviado. En esta mecánica social, la reivindicación del carácter fragmentario del Derecho penal se convierte, tarde o temprano, en un postulado político-criminal no vinculante”.

Es indudable que este postulado puede ser discutido, aunque se trata de una discusión que está lejos de ser estimulante. A este tipo de argumentación que alude a desarrollos, por qué no decirlo, “políticamente correctos”, se puede contestar que aún cuando se conceda que a sociedades más pluralistas les corresponde colonizaciones normativas más expandidas, ello todavía no dice nada en relación con la necesidad del derecho penal *stricto sensu*. Hay buenas razones para pensar que el derecho penal privado, la regulación normativa de instancias de mediación y sus consecuencias, las propias reglas del derecho comercial, resuelven con ventaja un universo de conflictos que, desde este ángulo, y en sociedades bien pluralistas, podrían escaparle a las conocidas dificultades de legitimación del derecho penal. Y, en última instancia, no es auto-explicable que los conflictos puedan ser resueltos “aceptablemente” “de manera general”. Hay buenas razones para pensar

que si se busca con convicción la resolución de un conflicto, la respuesta deber ser buscada en sistemas que ofrezcan soluciones de alto grado de individualidad y bajos niveles, justamente, de estandarización.

Este optimismo en las bondades del derecho penal, siempre esquivo a someterse a comprobaciones empíricas, en la actualidad se orienta a expandir las formas de anticipación de la operatividad de las reglas que habilitan la intervención jurídico penal. En los últimos 50 años hemos asistido a una invasión de normas jurídico penales sustantivas que han elegido definir como ilícitos un conjunto de situaciones que a duras penas pueden completar el camino de legitimación como conductas de relevancia jurídico social y penal.

El presente trabajo se ocupa de revisar esta tendencia, repasar las posibilidades de un enfrentamiento frontal y, eventualmente, proponer un conjunto de “diques de contención” que, como siempre, deberán surgir de una detallada re-lectura de aquellos axiomas olvidados: las garantías constitucionales.

2) La seducción del “anticiparse”: ¿un fenómeno nuevo?.

El hecho indudable que la temática que aquí se enfrenta forma parte de las agendas de la ciencia penal de los últimos años de modo claramente protagónico, no nos debe llevar a ninguna confusión: el fenómeno político-criminal no es nuevo. Desde siempre, las diversas agencias de control penal han sentido una seducción casi indomable por la posibilidad de anticiparse. En algún sentido ha habido una permanente necesidad de desdibujar los límites entre sistema de derecho penal y sistema de prevención del delito.

En este sentido las nuevas nomenclaturas (delitos de peligro, control del riesgo, etc), no buscan nada distinto de lo que pretendían aquellos capítulos que la ciencia del derecho penal moderna no dudó en calificar como negros e irreproducible en el Estado de Derecho. En este sentido, también había un inconmensurable deseo de anticipación en el positivismo clínico-criminológico, en las criticadas leyes de vagos y maleantes y en la aplicación de medidas de seguridad pre-delictuales. El derecho penal de todas las épocas ha sentido la necesidad de brindar alguna respuesta a la sociedad frente a la aparente de necesidad de controlar y evitar caminos lesivos que se producirían con alguna o alta probabilidad.

Incluso en la actualidad, las políticas legislativas de anticipación poseen explicaciones muy vinculadas a las estrategias político-criminales globales de control de la criminalidad, incluso en sus versiones menos moderadas, como lo había afirmado con lucidez Jakobs: “Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo: pues con la anticipación de la punibilidad se amplian los límites de lo permitido para la represión. Probablemente no se debe al azar que algunos notorios sectores de punibilidad anticipada se identifiquen con sectores notorios de actividad policial encubierta: delitos relativos a los estupefacientes, a la seguridad del Estado o a la falsificación de moneda, entre otros”.

Claro que tan coincidentes han sido los objetivos, como las enormes dificultades de justificación de aquellas y estas tendencias.

3) ¿Es posible anticiparse?. ¿Cómo puede fundamentarse ese adelantamiento?.

Que el estado castigue comportamientos que, todavía, no implican una lesión de un bien jurídico requiere de una fundamentación especial o, en todo caso, un poco más detenida.

En principio existe la tentación a pensar que si el derecho penal se aleja de la lesión en sí misma entonces pierde buenas posibilidades de encontrar parámetros que permitan establecer la frontera de *lo ya no regulable*.

En los últimos años se ha intentado brindar una justificación autónoma a la regulación jurídico penal de instancias anteriores a la lesión. Pero, asimismo, se han visto las enormes dificultades que plantea este camino.

Como afirma Kindhäuser: “Si el injusto de de peligro ha de tener un significado autónomo respecto del injusto de lesión –y eso es lo que entienden los defensores del paradigma de la agresión-, entonces también debe concernir a aquellas situaciones en las que después no se ha producido el resultado de lesión. Sin embargo, en tal caso el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien, por tanto, no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal. Pero, ¿se puede fundamentar seriamente un injusto y, entonces, castigar al autor por ese injusto, aún cuando aquél no ha lesionado realmente ningún bien jurídico?. Lo grotesco de esta argumentación queda claro ante todo cuando se considera que el observador tiene que ser fingido por aquel tribunal que ya sabe que no se ha producido el resultado de lesión.

Claro que, como el mismo autor alemán lo sugiere, de este laberinto es posible salir redefiniendo el rol del Bien Jurídico. Como se afirma: “si los bienes jurídicos se entienden como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho, el valor de los bienes jurídicos radica entonces en la función de hacer posible la libertad. En consecuencia, cuando los bienes jurídicos son menoscabados en su función de ser medio del libre desarrollo, su valor disminuye”.

Esto puede ser cierto, pero sucede que el derecho penal de la actualidad se ha anticipado tanto con relación a los propios escenarios de disminución del valor o menoscabo de los bienes, que casi no es posible ver aquí una conexión visible entre normas y fundamentos sociales de las normas. Que al final del camino y en perspectiva deba verse la lesión del bien jurídico, todavía no dice nada acerca de dónde comienza el camino controlado por el derecho penal, y donde termina el camino de los comportamientos neutrales.

De un modo u otro, la idea de que el peligro es, justamente, un “hijo de nuestra ignorancia”, una idea indentificada peyorativamente con épocas decididamente causales, debería mantener cierta lozanía y sembrar un manto de dudas acerca de la legitimidad de fundar toda una tendencia político criminal en bases tan poco sólidas.

4) Las formas de la anticipación: la ofensiva punitivista ataca de nuevo.

Un relevamiento de la tendencia que venimos describiendo nos debería dejar en claro que la técnica legislativa ha optado con llamativa frecuencia por formas de regulación demasiado alejadas de las genuinas lesiones de bienes fundamentales.

A través de los delitos de asociación, se castiga un comportamiento que externamente es, en la mayoría de las ocasiones absolutamente neutral, por el mero hecho de que la mera convocatoria pueda generar el riesgo de comportamientos lesivos posteriores.

En los delitos de peligro concreto se castiga la comisión de acciones que no son lesivas per se, pero que generan un riesgo verificable en el caso concreto para un determinado bien jurídico.

En las estructuras de peligro abstracto se trata de la regulación jurídico penal de acciones que pertenecen a una clase o grupo del cual es posible predicar estadísticamente, en forma genérica, cierto peligro, aunque, en el caso concreto y referido a la acción que se juzga en particular, ese peligro no se verifique.

Como se afirma en la actualidad: “entre ambos existe una diferencia en función del grado de determinación del peligro exigido. En los delitos de peligro concreto la creación del peligro es un elemento típico, en cambio, los delitos de peligro abstracto no requieren el resultado de peligro sino que basta con la realización de la conducta descrita para consumarlos”.

Por medio de la punición autónoma de actos preparatorios se logra la prohibición de planes de acción que, hasta el momento de su incriminación o criminalización primaria, se encontraban del lado previo al principio de ejecución de los clásicos delitos de lesión. En ocasiones se regulan formas de preparación específicas (a veces con la exigencia de un especial elemento subjetivo del tipo, a veces sin esa exigencia), y en otros casos se prohíbe cualquier escenario de actividad identificable desde la perspectiva del ilícito de lesión.

En ocasiones el legislador decide sancionar la mera tenencia de sustancias, armas, maquinarias o documentos, que en procesos verdaderamente lesivos pudieran estar en conexión con la actividad ilícita de lesión.

Por último, la moderna ciencia del derecho penal ha acudido a un notable fraccionamiento de los bienes jurídicos. Según Jakobs: “Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos

parciales, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por uno sólo de ellos...En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino las normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flaqueo, es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible ex ante como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es, por tanto, sólo una relación entre normas y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potenciales afectados”.

A estas decisiones de divulgación reciente, se le suman las más clásicas de sancionar la tentativa, la participación, la instigación, etc, etc., que, sin embargo, exigían contenidos subjetivos más conectados con la lesión protagónica de un bien jurídico.

5) ¿Puede haber un límite que surja de la teoría de la prevención general positiva?

Frente a este escenario, el primer interrogante se relaciona con la posibilidad de definir presupuestos axiológicos u operativos que permitan establecer una frontera externa de lo no punible, o, mejor dicho, aquel espacio de libertad que el legislador de esta época debe verificar como un escenario en el cual le está prohibido internarse.

Normalmente, los planteamientos más escépticos a la hora de esperar buenas respuestas de la teoría de la exclusiva protección del bien jurídico provienen del lado funcionalista, una tendencia que extrae un conjunto enorme de consecuencias de la idea de la justificación de la pena desde el punto de vista preventivo general positivo.

Un ejemplo ha residido sin dudas en la clásica crítica de Jakobs a las eventuales posibilidades limitadoras de la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos. Según él: “Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos”.

A nuestro juicio se puede tener fundadas dudas acerca de este diagnóstico, aunque no se trata del centro de interés del actual análisis. En primer lugar, la idea de exclusiva protección del bien jurídico debe ser traída a cuento sin olvidar toda su carga genética. Se trata de una garantía, incluso cuando pueda ser cierto que en su origen haya tenido consecuencias expansivas, y al ser una garantía no tiene nada que decir acerca de razones para fundar positivamente una decisión institucional de incriminar penalmente una clase de acciones. De la garantía sólo es posible extraer instancias deslegitimantes y nunca las buenas o malas razones del derecho penal. En segundo

lugar, afortunadamente, la teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos no está sola y debe ser convocada al juego dialéctico de limitación junto con el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad. Ahora bien, es relativamente sencillo imaginar que si se trabaja hermenéuticamente con optimismo sobre la capacidad limitadora de esta trilogía, no habrá demasiado espacio para lesionar, bajo el estandarte del bien jurídico, el *cogitationis poenam nemo patitur*.

Ahora bien, es difícil resistir a la tentación de averiguar cómo le iría al derecho penal en su intento de limitar expansiones irracionales, si uno partiera de un planteo funcionalista. Como sabemos, desde este ángulo, la función del derecho penal reside en garantizar expectativas comunitarias y de la pena en restablecer la confianza social menguada a raíz del ilícito. En realidad la norma no busca proteger nada externo a ella, sino, en todo caso, a ella misma. De modo que cualquier contenido normativo, en principio, y una vez que la nueva ley creadora de la norma ha atravesado los caminos formales de su sanción en el marco de las diversas funciones institucionales, por el mero hecho de serlo, es decir, por el mero hecho de ser una norma, alcanza para asegurar una expectativa social, comunitaria, relacionada con su propia vigencia. Es por ello que, en verdad, no hay parámetro externo que pueda poner un freno al distanciamiento, respecto de la lesión del bien jurídico, del lugar que elige el legislador para establecer la nueva colonización normativa. Ni siquiera hace falta referirse a “normas de flanqueo” o “seguridades incrementadas”, o “contexto de utilización de los bienes”, para legitimar que el derecho penal ha decidido castigar comportamientos que, ni de lejos, se encuentran conectados con la lesión de un bien jurídico (como realidad externa a la norma misma): la batalla ya se ha ganado a la hora de pretender que una teoría de justificación ética o metafísica de la pena, pueda dar respuestas a estos debates dogmáticos o jurídico-penales.

6) Los diques: teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de proporcionalidad, principio de acto, principio de lesividad y, por último, un principio de origen procesal: el de comunicación procesal posible.

Es por ello que, como hemos visto, la actual tendencia debe ser revisada a la luz de ciertos parámetros de limitación constitucional. Sólo de este modo es factible obtener, mínimamente, cierto horizonte de limitación en modelos de técnica legislativa en los cuales ya no son visibles las lesiones a los bienes jurídicos fundamentales.

Según lo vemos, ese tipo de parámetros sólo puede surgir de una adecuada reglamentación de la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos, del principio de proporcionalidad, del principio de acto, del principio de lesividad y del principio, de mayor raigambre procesal, de necesidad de comunicación propio de las derivaciones más básicas de la garantía del derecho de defensa en

juicio. Según nuestro criterio, aún cuando se crea que la básica tendencia al desarrollo legislativo de adelantamientos a la punibilidad remite a instancias de legitimidad institucional del Estado, ello sólo será posible si cada una de las propuestas de criminalización puede pasar exitosamente por el conjunto de filtros que se describe a continuación.

7) *Teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos: el derecho penal sólo protege cosas importantes.*

Es indudable que el principio rector remite a la idea de necesaria protección por parte del derecho penal de bienes jurídicos fundamentales. Cualquier tipo de tendencia de incriminación que no pueda ser puesta en relación directa con la generación de un riesgo para una estructura vital para el mantenimiento de la vida en sociedad. Aquella norma de la cual no pueda predicarse la protección de una instancia previa a la lesión de un bien, se transformará en forma directa en una norma que no sorte a una instancia fundamental de legitimación.

En este sentido, la intervención del derecho penal es demasiado trascendente como para que responda a instancias fragmentada (normas de flaqueo). En última instancia tal flaqueo, si es en verdad necesario, le corresponde a otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Es difícil justificar que el derecho penal se ocupe de las expectativas sociales, mucho más lo es que se ocupe de la vigencia de las expectativas (normas de flaqueo) sobre las expectativas (normas principales). En principio lo que flaquea, debe corresponder a controles sociales formales de flaqueo (no punitivos). De otro modo estaremos en presencia de sistemas normativos autoreferenciales y de una creciente desconexión de la realidad.

La idea de que el derecho penal debe estar dirigido a la protección de bienes esenciales, junto con las consecuencias limitadoras de otros principios, establece un cuadro axiológico de limitación, cuyos reales efectos sólo están intuídos por el derecho penal actual.

8) *Principio de proporcionalidad: el castigo debe ser distribuido racionalmente.*

De la misma idea de protección de bienes jurídicos y de cierta idea de racionalidad en la distribución del castigo, el derecho penal moderno puede extraer un conjunto de criterios de dosimetría penal que, si es que el derecho penal no pretende transformarse en terror penal, deben ser respetados a la hora de formular amenazas penales.

Desde este punto de vista, debe ser visto como racional que, por ejemplo, la lesión de un bien jurídico, como estructura base del ilícito, debe merecer mayor amenaza punitiva que los supuestos de tentativa.

Más allá de la obviedad del primer ejemplo, es también racional pensar que el delito de peligro vaya acompañado de una escala reducida en relación al delito de lesión.

Algo similar sucede con las estructuras típicas propias de las figuras de asociación. Toda imputación referida a un tipo penal de asociación debe siempre merecer menos pena que aquellos delitos frente a los cuales esa regulación se presenta como un propio adelantamiento. Partiendo de la misma idea, ello es claro, se limita más allá de las palabras de la ley la aplicabilidad de esos tipos penales teniendo en cuenta la escala punitiva y se le ofrece al Código Penal una lectura coherente.

Un ejemplo de clara violación a este principio reside en la pena que incorpora la ley 24769 para los casos de asociación ilícita tributaria. Llamativamente el tipo penal “adelantado” merece más pena que el propio de la lesión (art. 1 de la ley 24769).

9) ***Principio de acto: el mínimo común denominador de todo ilícito es un comportamiento determinado.***

Según el principio de acto, el mínimo común denominador de toda forma del hecho punible debe descansar en una manifestación externa que trascienda lo interno del sujeto. Toda forma de ilicitud que no remita a una instancia claramente definible como acto en el sistema axiológico constitucional, manifiesta un ejercicio del poder penal ilegítimo. Lo que no pueda remitir a una acción o una omisión no puede constituir un ilícito.

Se trata de un criterio de legitimación previa fundamental, del cual hay que extraer muchas más consecuencias hacia el futuro. Es interesante advertir que hay una relación directa, por lo menos en el universo normativo del derecho penal, entre el distanciamiento de los espacios de lesión y los niveles de ambigüedad a la hora de definir la acción de referencia del tipo penal. La lesión de un bien, hay que decirlo, tiene una carga descriptiva inigualable.

10) ***Principio de lesividad: no alcanza con la mera antinormatividad.***

Según el principio de lesividad la intervención del derecho penal sólo se justifica en la medida en que el comportamiento genere un empeoramiento de las condiciones de supervivencia de los bienes jurídicos protegidos. Al derecho administrativo sancionador le corresponde el ocuparse de

acciones que sólo ostentan una definida antinormatividad. El derecho penal, en cambio, sólo se ocupa de acciones que, en forma adicional a esa antinormatividad le suman una puesta en crisis de la vitalidad del bien, un empeoramiento del escenario en el cual se desenvuelven los bienes, un empeoramiento del mundo.

Desde este punto de vista, es claramente difícil de afirmar la legitimidad de la punición de delitos de peligro abstracto, frente a los cuales se ha acudido a la necesidad de definirlos como “desviación de un estándar”.

11) Principio de comunicación procesal posible: la cara dogmática de la idea de necesidad de imputación propia de la garantía del derecho de defensa. El tipo penal debe posibilitar una defensa racional y eficiente.

Las nuevas tendencias de criminalización utilizan a menudo figuras que carecen de una descripción individual de los aportes lesivos del sujeto, a favor de definiciones globales. Ello genera, en forma anticipada, una lesión visible de la garantía del derecho de defensa en juicio, ya que se trata de descripciones que favorecen una pérdida de protagonismo del deber estatal de formular una imputación frente a la cual se factible una defensa eficiente (claridad y precisión de la imputación).

Normalmente, en determinados ilícitos o formas típicas, la descripción individual del comportamiento se esconde detrás de una aproximación a la débil definición de un contorno de conducta grupal. Ello es evidente en los delitos de asociación. La descripción del comportamiento grupal, una vez bajada a la individualización, por lo general, pierde toda significación de relevancia fáctica y jurídico penal.

Adicionalmente, este tipo de adelantamientos posee la enorme necesidad de subrayar la conexión subjetiva con la futura instancia ya de riesgo o ya lesiva. La evidente desconexión entre el especial elemento subjetivo de conexión con el futuro, con la realidad neutral del comportamiento grupal ejecutado, genera dificultades incrementadas de defensa.

12) Conclusión.

En primer lugar, a esta altura debe quedar claro que el derecho penal actualmente legislado es francamente inexplicable si uno debe prescindir de la teoría del bien jurídico. Pero, adicionalmente, la actual tendencia de adelantar la intervención punitiva, más allá de las eternas discusiones globales sobre la legitimidad o no de esos intentos, debe ser indispensablemente evaluada a la luz de un sistema constitucional de protección de garantías individuales que puede dar, de una vez y para siempre, en todo caso un contorno visible a la frontera de criminalización legítima. No ay límites a los adelantamiento si no se mira con optimismo el trabajo sobre la idea de

protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, principio de acto y necesidad de comunicación procesal. En definitiva de eso se trata en el derecho penal moderno.