

**X Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina.
Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal
Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, Republica Argetnina.
24 y 25 de junio de 2010**

Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el Código Penal Argentino

Por Enzo Finocchiaro

SUMARIO: I - Introducción. II - Los delitos de peligro abstracto. III - Los tipos penales de peligro en los delitos contra la Seguridad Pública. IV - Conclusiones

I. Introducción

Nuestro sistema penal se encuentra enmarcado en el sistema constitucional y de los derechos humanos consagrado dentro del bloque de constitucionalidad, al que debe obedecer, cumpliendo con la regla lógica de la compatibilidad legal de todo sistema de normas. También debe atender a la realidad social, desde donde toma los elementos que le permiten construir sus conceptos sin caer en las falacias de ficción o de ocultación de los datos de la realidad¹. Dentro de todo este marco constitucional y social, conocido como Estado Constitucional de Derecho, el derecho penal, en cuanto barrera racional de contención del poder punitivo, se centra en tres principios fundamentales consagrados por ese bloque: la estricta legalidad, la culpabilidad y la lesividad.

Muy especialmente, el principio de lesividad consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional, impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro.

Si bien no nos resulta muy cómoda la categoría de “bien jurídico”, dada la aceptación académica que ha tenido, la tomaremos momentáneamente para continuar el análisis.

El aumento de la criminalidad y de la propia violencia en la sociedad, ha llevado a quienes supuestamente llevan la voz cantante en la legislación Penal – en Argentina se da la particularidad que quienes escriben, quienes enseñan y quienes aplican el derecho penal, suelen ser los mismos - a olvidar momentáneamente esas premisas, creyendo que en sus respuestas de ejercicio de poder punitivo la sociedad encontraría la solución que ninguno de las demás instituciones políticas y sociales han sido incapaces de esbozar. Recuérdese que el derecho penal tiene un carácter de última ratio, y que es probablemente el último esfuerzo del Estado por contener una determinada situación.

Una de las medidas de pretensión punitiva que se han ensayado en las legislaciones penales de los últimos años es la reproducción de la categoría del “tipo de peligro”, que no es ni más ni menos que un adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a esa lesión constitucionalmente requerida, excediéndose dogmáticamente de lo que la propia realidad limita.

Así, se ha hecho moneda corriente la clasificación de los tipos penales en orden a la lesión al bien jurídico en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en *delitos de peligro concreto* y *delitos de peligro abstracto*.

A efectos prácticos y basándonos en Soler², diremos que “peligro” es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso, denominándose “peligro abstracto” al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios. Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia. En las figuras de peligro abstracto, el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva

existencia de lesiones o de riesgos. Y aquí es donde choca con el principio de lesividad que mencionáramos en nuestra introducción

II. Los delitos de peligro abstracto

Pero se nos preguntará, ¿que es un delito de peligro abstracto?

En primer lugar, siguiendo a Roxin, diremos que los delitos de peligro concreto requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un "resultado de peligro concreto" y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*³.

La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, hasta ahora está poco clara, tanto a nivel local como en el derecho comparado. Sin embargo, Roxin extrae dos presupuestos generalmente reconocidos: En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción inculpada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.

Ahora bien, Roxin sostiene que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo⁴.

En este punto, el autor alemán distingue entre categorías de tipos penales abstractos: a) Los clásicos delitos de peligro abstracto, donde los autores que los propugnan (Brehm, Horn, Kindhauser) pretenden proteger la vida e integridad de la persona puesta en peligro abstractamente, ya que los tipos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente", mientras que la lesión del bien jurídico no es "punto de referencia" ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad; b) Acciones masivas, comunes en lo relativo a la seguridad vial, donde se afirma la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro, evidenciando razones de prevención general positiva; c) Delitos con "bien jurídico intermedio espiritualizado", que Roxin relaciona con figuras determinadas, como el cohecho y el falso testimonio, donde la confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo y el hallazgo judicial de la

verdad no precisan en el caso concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos; y d) Delitos de aptitud abstracta, una categoría que Roxin atribuye a Schröder, donde deben darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, y que han de ser determinados mediante interpretación judicial⁵.

El propio Jakobs consideraba que en gran parte no son legitimables en un Estado liberal las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y especialmente habla de los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo está justificado si "la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente", pero en cambio no cuando una conducta "sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido"⁶.

La creación de *peligros* artificiales, presumiendo que hay peligros y riesgos cuando no los hay, clonando bienes jurídicos, creando bienes jurídicos *intermedios* (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos) no son sino otras violaciones al referido art. 19 y el principio de estricta legalidad consagrado en nuestra Carta Magna.

Y por otra parte, dejando latente el requisito típico de la existencia de un peligro real contra el bien jurídico se lesiona el principio de máxima taxatividad, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición convirtiendo en difuso y arbitrario el límite estricto del tipo penal.

Se le debe exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. En primer lugar, el principio republicano de gobierno exige que el legislador "deba ser racional" y por ello debe exigirse esa máxima racionalidad. Entonces, no es suficiente con una descripción somera en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.

Cuando esto no ocurre, y existe abstracción, vaguedad o ambigüedad, el legislador es laxo para con el verbo típico e incluso cuando se prevé una escala penal poco armónica para con el bien jurídico que se dice proteger hay dos posibilidades: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.

Durante años se ha intentado darle validez a los delitos de peligro abstracto creando bienes jurídicos artificiales, que a todas luces son excesivamente amplios, genéricos e inasibles (tales como la paz pública, la seguridad pública, la seguridad vial, etc.). Así, el legislador, lejos de realizar la seguridad jurídica, entendida como la protección de bienes y personas, evidencian fallas en esa "dique de contención" que es el derecho penal, dándole el triunfo a la irracionalidad del poder punitivo y llevándonos a preguntar qué tipo de estado queremos y en qué país queremos vivir.

Pretender prevenir el peligro antes que se produzca la lesión efectiva no es sino tipificar la tentativa en forma autónoma, tipificar el acto preparatorio e incluso tipificar el pensamiento.

No observamos sino una perversión en el concepto del “Interés difuso” y en el “peligro común”.

III. Los tipos penales de peligro en los delitos contra la Seguridad Pública

Nuestro Código Penal, lamentablemente, está plagado de ejemplos de las figuras que señalamos, en particular de delitos de peligro abstracto. Debemos recordar que muchas veces el legislador recurre a la Ley Penal para intentar tapar las falencias y desaciertos de otro tipo de instituciones, quizás más abarcativas, más específicas en la problemática y no tan estigmatizantes como el propio derecho penal.

Hemos dicho anteriormente que en durante el Siglo XX y la tendencia no parece decrecer en este Siglo, han surgido ciertos bienes jurídicos difusos y conceptualmente equívocos, muchos de los cuales permiten la existencia de estos tipos penales “de peligro”. La seguridad pública, por ejemplo, es uno de ellos.

La seguridad pública se encuentra receptada en cuanto bien jurídicamente protegido en el Título VII del Libro II del Código. Este título se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos contiene los delitos de incendio y otros estragos (artículos 186 a 189 bis); el segundo de ellos contiene los llamados delitos contra la seguridad del tránsito vial y de los medios de transporte y de comunicación (arts. 190 a 197); el tercer capítulo contiene a los delitos de piratería (arts. 198 a 199); y el último de ellos contiene a los delitos contra la salud pública (arts. 200 a 208).

En la perspectiva del Título, seguridad significa, no tanto ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de riesgos y de los actos que los acrecientan o los posibilitan que, por eso, se busca evitar. Cuando el legislador habla de “seguridad” se está refiriendo a los peligros que producen ciertas acciones para los bienes en común, pero teniendo en cuenta que se trata de la seguridad pública. El adjetivo público está empleado en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad⁷.

El Decreto - Ley 17.567/68, una de las reformas penales más importantes producidas en nuestro país, durante el gobierno de Onganía, modificó la denominación del título por el de “seguridad común”. Según afirmara Soler, principal gestor de dicho cambio y de dicha reforma, el espíritu de la norma traducía la creación de un peligro común para los bienes o las personas. Así, afirmó que ése peligro común motiva la protección de la “necesidad común”, en tanto conjunto de cosas y personas indeterminadas, destacando la correspondencia entre peligro y seguridad. Soler se basaba asimismo en la opinión de Peco, quien su proyecto de Código de 1942, remarcaba la idea de agrupar bajo el título seguridad pública los más dispares delitos, pues en cualquier delito se engendra el temor de que éste pueda repetirse contra alguien y de allí proviene la seguridad que estatuye la ley penal mediante la correspondiente prohibición concreta, a través de la imposición de una pena⁸.

La idea central de estas figuras a examinar es la idea de “peligro”. Y dentro de éste peligro se distingue el peligro de lesión a un bien determinado, que es el peligro concreto, y el peligro de una lesión no individualizada, que será el peligro abstracto. Así, se caracteriza al grupo que protege bienes jurídicos mediante estas figuras como “derecho penal del riesgo”, pues es el riesgo, el peligro, el denominador común que motiva su intervención.

Adentrándonos en las figuras del Título, vemos que el art. 186 (“El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes”) castiga a quien hace peligrar a bienes y/o personas mediante la causación de un incendio, una explosión o una inundación. Así, el tipo penal gira en torno al concepto de incendio en cuanto peligro, puniéndose incluso aun cuando la cosa estaba destinada a arder (p.e. echar combustible a un fogón), si como consecuencia de ello se derivara un peligro común⁹

La propia jurisprudencia lo toma como una figura de peligro, diciendo que “Con relación al art. 186 del C.P., “...la figura penal no puede descuidar el elemento del peligro, de manera que, de acuerdo con una designación corriente en la doctrina alemana, podemos partir de la base siguiente: incendio es 'fuego peligroso'. Esta noción corresponde plenamente a la doble concurrencia de una determinada fuerza (la del fuego) y de la real existencia de peligro. El incendio sin peligro común para los bienes no es incendio, sino daño, cuando recae sobre bienes ajenos... la primera diferencia está determinada por las diversas maneras de concebir los delitos de peligro común. En efecto, si al fuego se le acuerda el carácter de un medio en sí mismo calificado como presuntamente peligroso, es claro que el solo hecho de excitar fuego constituirá incendio. Para consumir el delito, bastará la acción de 'comunicar' fuego (prender fuego)”¹⁰. Piénsese en el término “el solo hecho de.....”, como constitutivo de una figura de peligro.

Ya es posible observar la presencia del peligro por el peligro mismo, dado que de causarse una efectiva lesión a un bien determinado, se estará ante un delito contra la propiedad (daño), contra la vida y/o contra la integridad física (lesiones), según el caso concreto. Aquí vemos también una desmesurada escala penal para tratarse de una “acción de peligro”, que entra en el grado de la probabilidad y no en el de la certeza. A este respecto, señalamos que el inciso 5º del artículo agrava la escala en 10 a 25 años de prisión si ocurre el resultado muerte. Así, tenemos una figura de peligro, agravada por un resultado, siendo más gravosa que un homicidio simple con dolo directo. No nos parece que la racionalidad y la sistemática de la buena legislación penal haya primado aquí.

Analizando lo que ocurre con el art. 189 bis, inc.1º tercer párrafo y con el inc.2º, vemos que la cuestión no mejora mucho. Allí, la acción típica, en ambos casos, es tener el objeto (material peligroso o arma de uso civil) sin poder justificar la debida autorización. Quien otorga la autorización es el Estado y en caso de no contarse con el respectivo certificado de tenencia, se estará ante la conducta típica prevista. Por otra parte, de estar bien cumplida la cadena de cuidados

para ese tipo de material, dicha conducta no podría ocurrir muy a menudo, ya que el Estado debe controlar previamente la fabricación, distribución y provisión de armas y materiales, y el hecho que un particular o alguien no autorizado lo tenga, salvo que haya habido un delito previo de robo o hurto, recae básicamente sobre las responsabilidades del Estado.

No queremos ser exhaustivos en un trabajo que sólo intenta ser demostrativo, pero los mismos parámetros se descubren en los casos de suministro, entrega indebida de arma de fuego, fabricación habitual e ilegal de armas y explosivos. Ni que hablar en los supuestos de portación y de alteración de la numeración en los casos de armas de uso civil, que anteriormente eran infracciones administrativas.

Asimismo, no nos parece muy correcto el hecho que el autor de un delito tenga que probar su justificación o su inocencia, por cuanto rige un principio elemental en el derecho penal derivado de la Constitución, que es el que deposita en el Acusador público el hecho de demostrar la culpabilidad de quien se estima sospechoso de haber cometido un delito. La punición de una simple tenencia no es sino un reconocimiento del Estado a su propia incapacidad de control a la situación previa de provisión de algo fiscalizado por el Estado, que claramente ha fallado. Tampoco nos parece correcto punir una conducta en la creencia que “será utilizada para algo peligroso”, dado que entonces se estaría extendiendo el tipo penal hacia actos ni siquiera pensados o ejecutados, violando el principio constitucional de legalidad estricta.

Claramente, estamos figuras de peligro abstracto, donde se pune una conducta “por el peligro en sí mismo” y no por los actos que efectivamente haya llevado adelante el agente, ya que éstos actos también tiene una tutela autónoma per se.

En el Capítulo II del título se encuentran las figuras que tutelan la seguridad del tránsito y los medios de transporte y comunicación. Aquí también estamos en presencia de tipos penales de peligro.

Es evidente que para el legislador, la mera puesta en peligro del tránsito y de los medios de transporte y comunicación representa un mal de suma gravedad, por el riesgo potencial de alta probabilidad que presentan y el cual, de ocurrir, inexorablemente afecta a un gran e indeterminado número de personas y de bienes, amén de la alarma general que se produce. Lo que se valora es el normal funcionamiento de los medios de comunicación y de los servicios públicos vitales, no siendo necesario siquiera un peligro concreto o un daño cierto.

En efecto, el art. 190 dice “Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión. Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Las disposiciones precedentes se

aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común”.

Nuevamente, vemos un tipo penal donde se intenta proteger un bien jurídico inasible, a través de la peligrosidad que pudiera llegar a conllevar la acción del agente. Creus, para intentar poner paños fríos, en las últimas versiones de su muy querida “parte especial” nos decía que estábamos ante tipos penales de “peligro concreto”, ya que el bien jurídico debe haber corrido efectivamente un peligro, que debe haber sido conocido y deseado por el autor, a título de dolo¹¹. Aún así, el error subsiste. Esto es, no castigar una acción por el daño causado por ésta, único presupuesto constitucionalmente válido para soportar la aplicación de poder punitivo.

Supuestos similares ocurren con el atentado ferroviario (art.191), con el atentado contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril (art. 192) y los atentados contra los trenes o tranvías (art. 193). En el supuesto del atentado ferroviario incluso, para Creus se trata de un delito de peligro abstracto, ya que sólo tiene en cuenta el acto de interrumpir el funcionamiento, sin tomar otras consideraciones¹². Molinario refiere estar ante un delito de peligro remoto¹³ y Donna sostiene que se trata de una acción peligrosa concreta¹⁴.

En este punto, es interesante señalar la posición de Donna, quien intenta una original salida al problema de la legislación de los delitos de peligro en el choque constitucional. El autor, tomando una posición del jurista alemán Hans Joachim Hirsch, señala que “el peligro es un juicio, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva, es decir, se trata de un juicio *ex ante*, realizado por una persona normal, colocada en la posición del autor, cuando se dé el comienzo de la acción, y “teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber oncológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa. Pero en este caso, como se puede observar, el peligro es una cualidad inherente a la acción del autor, de allí que pueda hablarse de una acción peligrosa”¹⁵.

Mediante la Ley 26.362, del 16 de abril de 2008, se introduce el art. 193 bis, que tipifica las “picadas”, con el siguiente texto: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente. La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin”.

Como hemos dicho al principio, el derecho penal debe estar inserto y tomar siempre en cuenta y respetar al mundo que lo rodea y a la realidad política y social que lo circunda y que le da un norte predogmático. En el 2008, murieron

8205 personas por accidentes de tránsito, a razón de 22 personas por día y 683 por mes¹⁶ y aun tenemos frescos los casos de Sebastián Cabello, Celia y Vanina, como el que nos viene a recuerdo en este instante. Es claro el objetivo que ha tenido el legislador, quien incluso agregó el bien jurídico “seguridad del tránsito” a este Título, mediante la Ley señalada. Algo debe hacerse con la seguridad vial. ¿Pero era necesario recurrir a figuras de peligro para frenarlo? ¿Es la única herramienta efectiva que surge? ¿No existe otra posibilidad que amenazar con una pena de prisión de seis meses a tres años? Sin meternos en ciénagas políticas, creemos que la respuesta debe ser integradora y coordinada y no penalizadora. Encima, para peor, se eligen figuras que contradicen a los principios básicos de nuestro derecho penal y nuestro derecho constitucional.

El entorpecimiento de las comunicaciones (art. 194), amen de ciertas observaciones que puedan hacerse respecto de la criminalización de la protesta, lo cierto es que

Ya en el Capítulo IV, tenemos a los delitos contra la salud pública. Al sancionar la Ley 26.524, publicada el 5 de noviembre de 2009, se dijo que “La sanción de la presente permitirá satisfacer, a través de nuevas normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación. Ello, con la finalidad de definir como nuevos tipos penales a determinadas conductas disvaliosas que en la actualidad vienen consternando a la opinión pública y se han manifestado con un grado de peligrosidad y reiteración que no permiten que se las continúe ignorando como tales en materia penal, requiriendo de una urgente solución legal”. El bien jurídico entonces, surge cada vez más amplio. Aquí se protege a la salud pública, concepto inasible si los hay y al medio ambiente, del eventual peligro que pudieran llegar a correr. El propio legislador señala que se punen “acciones peligrosas”, en lugar de acciones lesivas.

De hecho, el primer párrafo del art. 200 dice “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”. ¿Quién denota el “modo peligroso”? Indudablemente, se ha tratado de proteger al individuo antes que el individuo se envenene o se perjudique con la ingesta de las sustancias dañinas, pero con ello se pasa por alto el principio constitucional de estricta legalidad, en tanto tipifica acciones que no son lesivas en forma concreta y en tanto adelanta el momento punitivo, aplicándose claramente a etapas del iter criminis que no pueden ser alcanzadas por poder punitivo, pues ni siquiera están en la etapa de la ejecución de la lesión.

La propia Cámara de Casación dijo que “la salud no tiene en la norma en estudio el alcance restringido que se le debe atribuir por ejemplo en el art. 89 del C.P. -grado de equilibrio orgánico, en ese caso, del que goza la víctima- sino que comprende el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. El envenenamiento, la contaminación o la adulteración se realizan de un modo peligroso para la salud así entendida no sólo si pueden producir,

agravar o prolongar enfermedades, sino también si pueden causar otros deterioros corporales o fisiológicos incluidos los que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos aunque más no sea temporalmente (ej. estados de cansancio o nauseosos). Asimismo se trata de un delito de peligro abstracto derivado del grado del envenenamiento, contaminación o adulteración. Por consiguiente su consumación es instantánea aunque de efectos permanentes, no demanda daño efectivo para la salud general ni un peligro concreto de que éste se produzca y ni siquiera requiere que en la situación concreta personas determinadas o alguna persona hayan usado el agua o consumido las sustancias alimenticias o medicinales. Por lo demás una acción puede no constituir envenenamiento pero sí adulteración. El concepto de adulteración que interesa a este artículo es la adulteración peligrosa para la salud. A los fines del art. 200 es adulteración toda alteración - sea total o parcial- de la sustancia de un cosa que, sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndola peligrosa para la vida o la salud de las personas. Así algo "peligroso para la salud" es algo que conlleva riesgo o puede ocasionar daño, entendiéndose por tal, un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Como bien lo señala el a quo quien frente a una situación de dolor, probablemente derivada de alguna patología, ingiera un medicamento espasmolítico adulterado -aunque con sustancia neutra- no va a obtener un alivio en su malestar, por el contrario, éste habrá de prolongarse generando así esa posibilidad de daño a la que alude la norma cuya aplicación se cuestiona"¹⁷.

Todos recordamos los casos del Yectafer, de los vinos "Soy Cuyano" y "Mansero", de los propóleos de los laboratorios Huilén.

El art. 202 castiga la propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa ("Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas").

Siguiendo lo expuesto anteriormente, para Donna, se trata de un delito de conducta peligrosa concreta, en el sentido de que, si bien no es necesario que alguna persona se contagie, sí lo es que se propague la enfermedad como tal, con riesgo para la generalidad de las personas¹⁸.

En nuestra opinión, seguimos estando frente a delitos de peligro abstracto, en tanto la figura no requiere ningún daño o lesión cierta para configurarse, sino una mera posibilidad de contagio. Para ilustrar al lector, diremos que este artículo 202 se basa en el art. 18 de la Ley 12.331, sancionada el 11 de enero de 1937, durante el gobierno de Agustín P. Justo y que increíblemente, continúa vigente a la fecha.

IV. Conclusiones

El trabajo se proponía advertir la existencia de tipos de peligro abstracto en nuestro ordenamiento positivo, haciendo hincapié en lo que acontece en los llamados delitos contra la seguridad pública. Hemos dado cuenta que este fenómeno es lamentablemente común, y no es novedoso. Piénsese que la

mayoría de las figuras señaladas provienen del siglo XIX. Además, se advierte que el legislador persiste en esta práctica, dado que hemos visto recientes reformas donde la tónica es la misma e incluso se acentúa.

Es más que loable intentar proteger a la comunidad en las máximas posibilidades. Ahora bien, esos límites a la protección, indudablemente, están dados por el marco constitucional en el que se inserta nuestro sistema penal, en cuanto enteramente dependiente de aquél. Así, los principios constitucionales de estricta legalidad, máxima taxatividad, lesividad y razonabilidad deben primar a la hora de legislar, por encima de cualquier otro tipo de situación coyuntural. El peligro abstracto, en cuanto posibilidad de riesgo a un bien jurídico difuso, choca con estos principios.

Quizás las buenas intenciones terminan por pervertir lo que intentan proteger. La mejor forma de brindarle seguridad a la población no es intentar abarcar todos los bienes jurídicos que se le ocurran al legislador, sino garantizarle al ciudadano que se respetará a rajatabla aquéllos principios que la Carta Magna establece.

Es indudable que estamos ante una sociedad plagada de riesgos y peligros y que muchas veces estos riesgos y peligros se acrecentan por la propia incapacidad del Estado de proveer adecuadas prácticas y políticas integradoras que aporten soluciones de fondo y que no se siga recurriendo al poder punitivo como primera herramienta, adelantando persecuciones y derogando la Constitución.

NOTAS

¹ ZAFFARONI, Raul – ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p.94.

² SOLER, Sebastián, “Derecho Penal”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1986, Tomo IV, p.562

³ ROXIN, Claus, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Thompson – Civitas, Madrid, 1999, p.404.

⁴ ROXIN, Ob. Cit., p.406.

⁵ ROXIN, Ob. Cit., p.411.

⁶ JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1985, p.527.

⁷ DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal, Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, T. II-C, p.12.

⁸ SOLER, *Ibid.*

⁹ En el medio del análisis de estas figuras, se inserta el recuerdo colectivo de lo ocurrido en el boliche “Kheyvis”, de Olivos, Argentina, el 20 de diciembre de 1991, donde fallecieron 17 adolescentes; el ocurrido en el boliche “Utopía”, de Lima, el 20 de julio de 2002, donde fallecieron 29 adolescentes; el ocurrido en la galería “Mesa Redonda”, de Lima, el 29 de diciembre de 2001, donde fallecieron 291 personas, el ocurrido en el Supermercado “Ycuá Bolaños”, en Asunción, Paraguay, el 1 de agosto de 2004, donde fallecieron 396 personas, en la mayor de las catástrofes enunciadas y el ocurrido en el local “República Cromañón”, el 30 de diciembre de 2004, donde fallecieron 198 personas

¹⁰ CNCRIMN Y CORREC, Sala IV – 19/02/2003 - Causa 20.380 - ROSSI, Diego.

¹¹ CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, T.II p.36.

¹² CREUS, Ob. Cit., p.44.

¹³ MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, “Los Delitos”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1999, T.III, p.86.

¹⁴ DONNA, Ob. Cit., p.158.

¹⁵ DONNA, Ob. Cit., p.20.

¹⁶ Cifras obtenidas del sitio web de la Asociación Civil “Luchemos por la vida”, www.luchemos.org.ar.

¹⁷ CNCP, Sala II - 12/11/2003 - Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/recurso de casación.

¹⁸ DONNA, Ob. Cit., p.226.