

X ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL
CONCURSO DE PONENCIAS

Ponencia

Tema I: El delito de peligro abstracto

TITULO: SOBRE LOS CRITERIOS DE LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

AUTOR: RACHID, CRISTIAN.
Abogado (U.C.C.)
Notario (U.M.)
Magister en Derecho Empresario (U.E.S. 21)
Docente de la asignatura “Derecho Penal I” de la carrera de Abogacía - Universidad Católica de Cuyo – Sede San Luis
Secretario Fiscalía General ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis
TE. Laboral: N° 02652-435057 / Particular: 02652-427180
Domicilio Laboral: Junín N° 942, planta alta, ciudad de San Luis (C.P. 5700)
Domicilio Particular: Pje. Formosa N° 1267, ciudad de San Luis (C.P. 5700)
E-mail: cristianrachid@yahoo.com – crachid@mpf.gov.ar

INDICE: I. Propuestas	p. 2
II. Fundamentos	p. 2
II.1. A la Primera Propuesta	p. 2
II.2. A la Segunda Propuesta	p. 5
II.3. A la Tercera propuesta	p. 6
II.4. A la Cuarta Propuesta	p. 8
II.5 A la Quinta Propuesta	p. 9
Notas y Bibliografía	P. 10

San Luis, mayo de 2010.

I. PROPUESTAS.

- 1) La decidida protección constitucional que el ordenamiento jurídico argentino asegura a los derechos y libertades humanas fundamentales, frente al poder estatal, y, en particular, frente al ejercicio del *ius puniendi* (arts. 18, 19, 29, 33, 75 inc. 22, C.N.), sólo es compatible con un derecho penal subsidiario y de *ultima ratio*;
- 2) A tales fines, debe revalorizarse la teoría de la *protección de bienes jurídicos* como medida legitimante de la intervención penal, en tanto sólo aquellas conductas que lesionen efectivamente y con cierta entidad bienes jurídicos precisamente definidos, serían legítimamente criminalizables (art. 19, 28 C.N.);
- 3) Consecuentemente, los delitos de peligro abstracto, en tanto se los considere previsiones normativas en donde la peligrosidad de la conducta respectiva viene meramente presumida *iuris et de iure* por el legislador, no son legitimables en el ordenamiento penal argentino;
- 4) Ello no implica vedar dicha forma de intervención penal cuando la misma sea con fines de protección *exclusivamente* de bienes jurídicos *colectivos* de consistencia real, y en tanto dichos tipos de peligro abstracto se configuren *proporcionalmente* a partir de conductas efectiva y relevantemente lesivas de tales bienes jurídicos, debiendo verificarse dicha lesividad en el caso concreto. Por el contrario, los tipos de peligro abstracto deberían ser restringidos, por principio, respecto de comportamientos lesivos de bienes jurídicos *individuales*;
- 5) Aquellas conductas que no alcancen el grado de lesividad efectiva de bienes jurídicos concretos con los alcances precisados, deberían quedar excluidas del ámbito estrictamente penal, sin perjuicio de ser objeto de intervención preventiva, en tanto debidamente *proporcionada* (art. 28 C.N.), por parte del Derecho Administrativo Sancionador.

II. FUNDAMENTOS.

1) A la Primera Propuesta:

El Derecho Penal debe ocuparse eficazmente de aquellas nuevas realidades que ameriten y hagan necesaria su intervención, pero, en tal cometido, la regulación penal respectiva no puede nunca consentir una flexibilización tal de las garantías constitucionales individuales que implique su desnaturalización, y con ello el olvido o ampliación desmedida de los fines del Derecho Penal; pues una tal ampliación o flexibilización pone en serio peligro la efectiva vigencia de aquellas garantías supraleales que ésta rama del ordenamiento jurídico, en virtud de la severidad y gravedad que caracteriza su intervención, debe precisamente –y especialmente– resguardar.

Parece innegable que la sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una "sociedad de riesgo"¹. En ésta se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia de los procesos de modernización social, como por ej. el uso de energía nuclear o de tecnología genética como un sistema de alto riesgo cuya complejidad puede llevar a accidentes. Ahora bien, lo característico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino sobre todo la complejidad creciente de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Como señala Schünemann, la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada².

Concordantemente parece verificarse que, con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al Derecho Penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la *ampliación de los comportamientos penalmente relevantes*. Esto se observa en la agravación del Derecho Penal político como reacción

frente a actividades terroristas fundamentalistas, de izquierda y neofascistas; en el surgimiento y expansión del Derecho Penal de drogas, del Derecho Penal del medio ambiente y del Derecho Penal Económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del Derecho Penal.

La consecuencia es que el ámbito de intervención de este Derecho Penal tiene que ver con el individuo sólo mediatamente. Inmediatamente serían instituciones de la sociedad o también del Estado. Los bienes jurídicos no serían bienes jurídicos individuales, sino *bienes jurídicos universales* que el legislador, en muchos casos, formula vaga y ampliamente y, además, recurriendo al tipo de delito de los "*delitos de peligro abstracto*". Esto sería una forma de aseguramiento penal que flexibiliza las estructuras tradicionales de imputación de responsabilidad penal y que amplía el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes. El legislador actual se orientaría a la consecución de objetivos preventivos y entendería a las normas penales como instrumento de control social estatal a través de cuya utilización deben ser influenciados o conducidos desarrollos sociales y corregidos desarrollos desviados. El nuevo Derecho Penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el *paradigma de la prevención*³. La orientación a los resultados sería en la fase del Derecho Penal "clásico", en el mejor de los casos, sólo un criterio que complementaba la dación correcta de leyes. Hoy el objetivo del Derecho Penal "moderno" sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que *el Derecho Penal no sería más para el legislador la ultima ratio, sino, en medida creciente, la prima ratio*.

Las consecuencias de dicha tendencia, incluyen graves desviaciones de lo que debe ser un derecho penal civilizado, por la denominada "estatización del derecho penal", que implica un desplazamiento de la persona humana y la entronización del Estado como sujeto de toda infracción penal⁴. De ahí que no ha de extrañar que, como derivación de un punto de partida negatorio de la persona humana, sufran derogación principios esenciales como el de legalidad, el de exterioridad, el de tipicidad o el de que no hay pena sin culpa. A lo que cabe agregar que, paradójicamente, maguer esa declarada búsqueda de eficacia preventiva "...(E)s ya un lugar común -dice Silva Sánchez- aludir a la proliferación de preceptos que, habiendo perdido -si es que alguna vez la tuvieron- toda aptitud para el cumplimiento de funciones instrumentales de protección de bienes jurídico-penales, se limitan a desempeñar un mero papel "*simbólico*", con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sentimientos de inseguridad"⁵.

Todo ello por cierto, va en franca contraposición con las condiciones que debe asegurar y cumplir la legislación infraconstitucional, en especial la penal, de un Estado de Derecho como el que instaura nuestra Constitución Nacional. En tal sentido, no resulta posible frente al contundente bloque constitucional de protección de los derechos humanos que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, en especial luego de la reforma constitucional sancionada en 1994, desconocer que la persona humana es la destinataria de las normas jurídicas, pues es el hombre —como centro del sistema— y no la sociedad políticamente organizada, quien tiene dignidad y, por tanto, es titular de los derechos y libertades fundamentales. Hoy está claro: frente a un conflicto entre dos normas de igual jerarquía debe realizarse una interpretación que las concilie, pero dando prioridad a los derechos individuales sobre las atribuciones estatales.

Tales principios han sido expresamente explicitados por reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Así, en el fallo dictado *in re* "Arriola"⁶, en el que el Tribunal Cívero efectuó precisamente el control de constitucionalidad de la figura de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal (art. 14 2º párr. Ley 23.737), haciendo expresa referencia a las condiciones de legitimidad de los llamados "delitos de peligro abstracto", dejó expresamente sentado que cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994, fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22 C.N.). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la *política criminal del Estado*, que le impide sobrepasar determinados límites y

además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen, y aún amplían y explicitan, varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el “derecho a la privacidad” que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez). Que también el “principio de dignidad del hombre”, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Esta Corte in re “Gramajo” (Fallos: 329:3680) además agregó que “...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad –sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...” (ver en sentido coincidente “Maldonado” Fallos: 328:4343).

También la reciente jurisprudencia de la CSJN, en el caso “Acosta”⁷ ha reconocido expresamente el carácter del Derecho Penal como “*ultima ratio* del ordenamiento jurídico”. De tal manera, la CSJN hace aplicación expresa de un principio de política criminal de naturaleza garantista, el de *última ratio* o *mínima intervención* del Derecho Penal, que básicamente considera el recurso a la pena criminal como *ultima ratio* y como un mecanismo de protección jurídica *subsidiario* respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico (v.gr. Derecho Civil, Administrativo, cuyas respuestas no presentan la severidad y gravedad que suelen caracterizar a la respuesta penal). Dicho principio de política criminal aplicado por la CSJN, se conecta lógicamente y armónicamente con el principio de legalidad específico, con expresa invocación asimismo del principio de derecho internacional de los Derechos Humanos conocido como “*pro homine*”, “... que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

Cabe someramente referir que el “*principio pro homine*” funciona como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e inversamente a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, por lo que él coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre “a favor del hombre”. Este principio sustancial, en el que la Corte ha fundamentado sus fallos en varios precedentes recientes⁸, no se circunscribe limitado al derecho penal, sino también al procesal penal y a otras ramas del ordenamiento jurídico. Dicho principio tiene reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5°, apartados 1. y 2.) (Adla, XLVI-B, 1107); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5°, apartados

1. y 2.); en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29 [Normas de interpretación]) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 41).

Todo ello determina la “*ampliación del canon de control de constitucionalidad*”, producida fundamentalmente a partir de la última innovación constitucional y a la imprescindibilidad de acometer sus labores de interpretación normativa de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

En suma, no puede sino concluirse que la legislación penal de un Estado de Derecho que se pretenda racional debe ser -entre otras cosas- eficaz. Pero dicha eficacia, por cierto, nunca puede costearse en moneda de flexibilización de los principios limitadores del poder penal de un tal modelo de Estado, entre los que se cuenta el principio de *dignidad del ser humano*, del que se deriva para el derecho penal, junto con el *principio de reserva* (art. 19 CN.), "su limitación a los ataques que por su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad".

2) A la Segunda Propuesta:

El análisis de legitimidad de las normas penales tiene su punto de partida en la correcta comprensión de la tarea asignada al Derecho Penal. Tal tarea, por lo antes dicho, no puede ser sino la *protección subsidiaria de bienes jurídicos*⁹. Luego, una intervención penal será legítima sólo si está dirigida a su protección y si, además, se adecua a los mandatos de *necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad*. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

Es que, en atención a dicho carácter subsidiario y restrictivo de la intervención penal, no puede prescindirse de la referencia a un bien jurídico de contenido real y preciso que necesariamente debe ser el presupuesto de toda norma penal, noción ésta central en la teoría del delito, ya que no pueden reprimirse conductas que no tengan penalmente una mínima y concreta *relevancia lesiva* respecto de un bien jurídico protegido. En efecto, no debe perderse de vista que no puede concebirse una conducta penalmente típica sin que se afecte un bien jurídico, de manera que prescindir del bien jurídico es tanto como caer en una manifestación irracionalista y autoritaria del derecho penal liberal consagrado por la Constitución Nacional vigente. El bien jurídico cumple dos funciones fundamentales por las que no puede prescindirse de su consideración: a) una función garantizadora (art. 19 de la C.N.) que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados (“*principio de lesividad*”); b) una función teleológica-sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita. Ambas funciones son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano -art. 1 C.N.¹⁰. La teoría del bien jurídico no puede, así, reducirse a una función instrumental meramente *interpretativa* del tipo; sino que debe cumplir, fundamentalmente, una función *crítica* de la norma penal legislada¹¹.

Con ello se relaciona el “*principio de exterioridad*” de la acción, expresamente consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, cuando declara que “... *las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”. Por ende, si no hay acción externa, no puede haber posibilidad de reproche penal, so pena de profanar el ámbito reservado a Dios. Este principio aparece conculcado cuando la ley penal pretende atrapar los actos preparatorios y no tan sólo el comienzo de ejecución de la acción. De la derogación del principio de exterioridad se derivan estas consecuencias: *a)* punibilidad de acciones anteriores a la tentativa, es decir, de actos preparatorios e instigación incumplida; *b)* nivelación de la pena para todo un *iter criminis* sin distinguos.

Como consecuencia de dichos límites constitucionales a la política criminal del Estado, no puede sino concluirse que, si bien el Congreso tiene amplias atribuciones en materia criminal, pudiendo escoger qué bienes se han de amparar penalmente, cuáles conductas incriminar y qué penas aplicar, debe existir *proporcionalidad* entre la conducta delictuosa, el bien tutelado y la pena. La ausencia de *razonabilidad* de la pena, en función de la valoración social de los bienes

jurídicamente protegidos por las normas penales, hace viable su impugnación por inconstitucionalidad con fundamento en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional; doctrina ésta expresamente adoptada por la Corte Suprema¹², cuya importancia desde el punto de vista constitucional radica en haber sentado el criterio de que: una norma penal puede ser inconstitucional por la naturaleza de la pena o por su *quantum*, como puede serlo por su tipo penal. En definitiva, el mandato de racionalidad al que debe ajustarse el legislador penal exige que éste acomode su actividad a un liminar principio de *utilidad de la intervención penal*, que ordene la función que define su rol -como encargado de sancionar la ley- de acuerdo con la aptitud de la ley criminal para el cumplimiento de su función instrumental de eficaz protección de bienes jurídico-penales.

Entonces, el Derecho Penal no podrá ser funcional a *cualquier* orientación político criminal, debería indagar más profundamente en el “programa político criminal” que, por imperio de la regla de compatibilidad constitucional, surge claramente de la historia e inscripción constitucional (en especial, el sistema de garantías y el régimen republicano). Por lo mismo, la discusión sobre las distintas sistemáticas y los problemas actuales de la dogmática penal quedará abierta pero no podrá eludir el punto de partida. Si todo concepto dogmático es funcional quedará por decidir, consciente o inconscientemente, si será funcional al poder o a su limitación. Probablemente, con rigor dogmático, reparando en el vértice del sistema normativo argentino y su fuente de inspiración histórica, política e ideológica, podremos encontrar la respuesta¹³.

Por cierto que, si bien, como se dijo, aparentemente mayoritaria la aceptación de la protección de bienes jurídicos como uno de los principales criterios legitimantes de la intervención penal, son múltiples las propuestas dogmáticas a hora de concretizar la aplicación práctica de dicho criterio. Por razones obvias de extensión, podemos aquí meramente reseñar alguna que nos parece interesante, como la que sostiene que el punto de partida del análisis de legitimidad de los tipos penales debe seguir siendo la teoría del bien jurídico (la determinación de los intereses protegidos por la norma), debiendo luego recurrirse a otros criterios. Así: i) si un bien jurídico se comprueba como digno de protección en lo fundamental, ii) entonces la legitimidad de la norma dependerá decisivamente de la *estructura del delito*, que resulta de la relación de los comportamientos correspondientes comprendidos por el tipo penal con el "algo" protegido como bien jurídico¹⁴. Otra postura particular, con la que coincidimos en gran medida, propone que se debe "materializar el concepto de bien jurídico desde abajo" elaborando ciertos criterios. Así plantea que el bien jurídico ha de ser siempre un "*objeto real*", lo cual implica que éste no debe ser sólo un valor ideal ni tampoco sólo un conjunto de objetos corporales. La alternativa a lo "ideal" no es lo "material" (corporal), sino lo "real". La configuración personal de la constitución y de las actividades estatales deben llevar a la conclusión de que el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda. Luego, una comprensión correcta de este postulado no debe llevar a absolutizar los intereses individuales, sino a equilibrar dichos intereses. Los intereses colectivos son, pues, las *condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo*. Igualmente sugiere que el principio de proporcionalidad debe ser puesto en conexión con la teoría del bien jurídico para así alcanzar su dimensión constitucional¹⁵.

En suma, en el análisis de legitimidad de las intervenciones penales la teoría del bien jurídico permite determinar claramente: 1) cuándo estamos ante verdaderos bienes jurídicos; 2) ante qué tipo de bienes jurídicos y 3) como consecuencia de ello, qué tipo de estructura de delito corresponde emplear, lo cual determinará un cierto nivel de exigencia -necesario- para la legitimidad de las intervenciones penales.

3) A la tercera propuesta

Conocidas son las múltiples y fundadas discrepancias a que ha dado lugar la categoría de los delitos de “peligro abstracto”. Una reseña obligadamente apretada de las mismas, permite advertir:

De un lado -según concepción decididamente desarrollada por los profesores de Frankfurt, Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht-, se niega la necesidad de la intervención del Derecho Penal en la lucha contra meros riesgos, puesto que ello supone el abandono de los principios del Derecho Penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del

mismo. El Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. Por el contrario, no debería intervenir contra riesgos, puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del Derecho Penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de *peligro abstracto*; y esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano. Luego -afirma este sector-, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si éstos *mediatamente sirven a la protección del individuo* (reducción a un "Derecho Penal nuclear")¹⁶.

De otro lado, se ha resaltado que la finalidad preventiva del Derecho Penal precisa que el mismo intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que los efectos del daño tuvieran consecuencias irreparables para la sociedad. A fin de cumplir con su función de protección el Derecho Penal debe intervenir ya ante riesgos que se plasmen en peligros concretos o abstractos para los bienes jurídicos. Tarea del Derecho Penal es también influir en la conducta del individuo de tal modo que sean excluidas situaciones de peligro *potenciales*¹⁷. Las normas penales tienen que cumplir necesariamente *funciones sociales*, porque si no caerían bajo la sospecha de inconstitucionalidad¹⁸, al ser consideradas ataques desproporcionados a la esfera de libertad del individuo -uso del medio más violento del que dispone el Estado-. Un Derecho Penal que solamente sirviera a la *retribución* de lesiones se enfrentaría a importantes reparos. Una sociedad que no entiende la existencia de la violencia estatal como finalidad en sí misma sólo puede legitimar el ejercicio de violencia estatal a través de consecuencias positivas.

Con todo, puede advertirse en realidad que la clave radicaría en no llevar las respectivas posturas al extremo, pues ello conlleva el inevitable peligro de desembocar en soluciones ilegítimas. Prudente, más bien, sería proceder analizando en cada caso cuándo nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimiento de los fines propios del Derecho Penal. Este debe ser *eficaz* en la lucha contra estos riesgos dentro del marco que le corresponde y, por supuesto, que su intervención debe ser *legítima*. La consecución de estos objetivos dependerá de en qué medida los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden adaptarse a las complejas realidades actuales sin abandonar el irrenunciable aseguramiento de libertad del individuo en un Estado de Derecho.

Por ello, no se debería descalificar de plano el empleo de los delitos de peligro abstracto, sino más bien someter a una estricta evaluación de legitimidad cada delito de ese tipo, contribuyendo de este modo a que el legislador haga un uso de esta clase de tipos bajo los criterios de *necesidad, racionalidad y proporcionalidad*.

Tal parece ser la orientación que tiene, en lo esencial, la doctrina sentada por la CSJN en el ya mencionado caso "Arriola". En efecto, el voto adoptado unánimemente por el Máximo Tribunal en ese precedente dejó sentado "... 31) ... que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que -realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna"; ahora bien, el mismo Tribunal se preocupó en aclarar, párrafos antes -lo que después queda expresamente plasmado en la parte dispositiva-, que si bien la decisión importa descartar "... 29) ... la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero". En la misma línea, es importante una especial consideración del voto personal del ministro Lorenzetti en dicho fallo, en tanto se ocupa específicamente de la problemática de los delitos de peligro abstracto, sentando en lo fundamental que "... 13) ... libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 41 y 51 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros

límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. ... El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados 'de peligro abstracto' ... 14) ... En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, 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”.

Creemos, en definitiva y sin dejar de recalcar que el análisis de la legitimidad de los tipos de peligro debe efectivizarse, según los criterios que antes hemos expuesto, respecto de cada norma en particular, que en tanto se considere a aquellos como previsiones normativas en donde la peligrosidad de la conducta respectiva viene meramente presumida *iuris et de iure* por el legislador, no son legitimables en el Ordenamiento Jurídico Argentino. En todo caso, y como requisito ineludible de legitimidad, la norma de tal forma configurada deberá aprehender comportamientos con suficiente *exterioridad* y *relevancia lesiva* de bienes jurídicos de consistencia real, debiendo dicha relevancia externa ser expresamente verificada en cada caso concreto.

4) A la cuarta propuesta:

Como se vio *supra* –apart. II.3)-, ni aún las posturas más reacias a la utilización de los delitos de *peligro abstracto* parecen desconocer la utilidad y necesidad de la intervención penal para la protección de bienes jurídicos *colectivos*, entendiendo por tales, aquellos en los que no hay un objeto material determinado sobre el que recaiga particularmente el comportamiento comprendido en el delito, así como tampoco se cuenta con un titular –de dicho bien- individualizado (v.gr. salud pública, seguridad común). Es que, si como se dijo anteriormente –*supra*, apart. II.2)-, el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda, y una comprensión correcta de este postulado no debe llevar al extremo de absolutizar los intereses individuales, sino a equilibrarlos, reconociendo que, en tal sentido, los intereses colectivos son, precisamente, las *condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo* (arts. 14 1ª oración, 19, 28 C.N.), es evidente que el Estado no debe renunciar a asegurar protección a aquellos bienes supraindividuales que por su naturaleza son indispensables para asegurar la *convivencia de las personas en la comunidad*.

La legitimidad de dicha intervención estatal en protección de bienes colectivos ha sido igualmente reconocida por el invalorable fallo dictado por la CSJN en el caso “Acosta”. En efecto, en el voto unánime de dicho precedente se dejó igualmente sentado en forma expresa que “... 21) ... además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como "bien común", "orden público", "utilidad pública", "salubridad pública" e "intereses nacionales" (artículo 22 inc. 31, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3º, 14, 19 inc. 31 b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). ... 22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las *condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos*. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se *fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*. Luego agregó: " ... No escapa a la Corte, sin embargo, que ambos conceptos pueden ser usados

tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el *equilibrio entre los distintos intereses en juego* y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (parágrafos 66 y 67)".

Como resulta lógico, la clave parece estar en el equilibrio entre los múltiples intereses individuales y colectivos que necesariamente coexisten en la sociedad humana, pudiendo extraerse, como criterio general, que, en definitiva, la protección legítima de los segundos será aquella que asegure, en última instancia, a todas y cada una de las personas su pleno desenvolvimiento en libertad, sin interferir, a su vez, en el de los demás integrantes de la sociedad.

En base a tales principios, es que entendemos, en general y dejando a salvo el ineludible control de legitimidad sobre cada norma penal en particular, que los delitos de "peligro abstracto" son legítimos e incluso, en tanto implican un "adelantamiento" de la más severa reacción estatal – penal-, deberían reservarse *exclusivamente* para la protección de bienes jurídicos colectivos, en tanto se cumplan las condiciones de configuración legislativa que hemos precisado en el apartado anterior, de tratarse de bienes jurídicos de consistencia real y respectivos comportamientos con suficiente *exterioridad y relevancia lesiva* respecto de aquellos, las que deberían ser expresamente verificadas en cada caso concreto.

Ello así, por cuanto, como se dijo, el Estado, en función de su razón de ser, no puede desentenderse de la protección penal de tales bienes colectivos contra aquellos atentados cuya gravedad haga necesaria dicha reacción; y, por su parte, la propia naturaleza y consistencia de dichos bienes colectivos excluye toda posibilidad real de verificar fenomenológicamente la existencia de un nexo causal real entre el comportamiento penalmente relevante y un resultado externo que se independice de aquel y subsista en un objeto material o titular del bien jurídico que, por definición, no estarán determinados. Por ello, los esfuerzos para éste tipo de atentados, deberán concentrarse, en cada caso, en la constatación, en la conducta ilícita misma, de una trascendencia exteriorizada de manera tal que aparezca como efectivamente lesiva del bien jurídico colectivo protegido por la norma respectiva.

Al contrario, debería quedar vedada, por principio, la utilización de tal forma delictiva por aquellos tipos penales cuyo objeto de protección sean bienes jurídicos individuales, para los cuales quedarían exclusivamente reservadas las figuras de resultado (de daño o de peligro concreto), siendo menester en tales casos la verificación del nexo causal real entre el comportamiento y el resultado típicos.

De tal forma, creemos, se contribuiría a asegurar la legitimidad de la intervención penal que, al inicio de ésta propuesta, hemos caracterizado y fundado como la *última ratio* del ordenamiento jurídico.

5) A la quinta propuesta:

Siendo tales los fines y límites del Derecho Penal, y especialmente atento a su *subsidiariedad* como mecanismo de protección jurídica, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, es que no deberían criminalizarse conductas que por su escaso contenido lesivo son más propias de constituir ilícitos administrativos o civiles, y respeto de las cuales la aplicación de verdaderas penas podría vulnerar el principio de *proporcionalidad* que debe existir entre las mismas y la conducta que se pretende reprochar (y con ello la garantía constitucional de la *razonabilidad*, art. 28 C.N.).

Es por ello que suscribimos, respecto de aquellas conductas que hemos excluido, conforme los parámetros de legitimidad antes explicitados, del ámbito de protección estrictamente penal, su

inclusión en los ámbitos de intervención propios de aquellas otras ramas del ordenamiento, cuya respuesta se advierte más proporcionada y eficaz¹⁹.

Pensamos en síntesis, que el modelo de Derecho Penal, para resguardar su legitimidad y eficacia, debe ser el informado por los principios clásicos de legalidad, culpabilidad, lesividad y *ultima ratio* de su intervención; dejando la prioritaria consecución de fines como la prevención de riesgos inciertos, control o la consecución de seguridad, o la dirección u orientación de comportamientos sociales y la consecución de objetivos políticos a otras ramas a las que resulta más inherente y propia esa función como lo es el caso del Derecho Administrativo en general y el de contravenciones en particular, en base a los principios y reglas y formas de intervención que son propios a esa rama y sustancialmente diversos a los del Derecho Penal.

NOTAS

¹ Concepto desarrollado por el profesor de Munich Ulrich Beck en sus estudios sobre la sociedad actual; obras: *"Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne"*, Frankfurt Main, 1986; *"Gegengifte - Die organisierte Unverantwortlichkeit"*, 1988.

² Schünemann, Bernd, *Comentarios críticos acerca de la situación actual de la Ciencia del Derecho Penal Alemán*, en GA 1995, ps. 211 y 212.

³ Hassemer, Winfried, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts" (Identidad y crisis del derecho penal moderno), en ZRP 1992, ps. 378 y ss.

⁴ Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, 1966, p. 42.

⁵ Silva Sánchez, Jesús-María, "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año III, n. 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 86.

⁶ CSJN, 25-09-2009, A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO – “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”

⁷ CSJN, 23-04-2008, A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO – “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 - causa N° 28/05C”

⁸ Así surge, entre otras, de lo decidido en la causa "Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación", del 20/6/2006 (Fallos: 329:5762); y en el expte. "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", del 3/5/2007 (Fallos: 330:1989), en el que se dijo que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, *el resultado que proteja en mayor medida a la "persona humana"*.

⁹ En este sentido -doctrina dominante-, conf. Roxin, Allg. Teil I, § 2, n. marg. 1 y ss.; íd., "Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit", en ZStW 116, 2004, p. 944; Baumann, Weber y Mitsch, Strafrecht. Allg. Teil, 11a ed., Bielefeld, 2003, § 3, n. marg. 10 y ss.; MünchKommStGB/Freund, vor §§ 13, n. marg. 37; NK-Hassemer y Neumann, vor § 1, n. marg. 108 y ss.; Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 8a ed., 1992, § 19, n. marg. 4 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, "Lehrbuch des Strafrechts", Allgemeiner Teil, 5a ed., Berlin, 1996, p. 257; SK-Rudolphi, vor, § 1, n. marg. 2; Lackner y Kühl, vor § 13, n. marg. 4; MünchKommStGB/Joecks, Einl., n. marg. 30. En Perú conf. Abanto Vásquez, Manuel, "Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997, p. 41 y ss.; Hurtado, Pozo, PG, p. 24 y ss. En la Argentina conf. Lascano, Carlos J., "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Córdoba, 2000, p. 18 y ss.. En España conf. Mir Puig, Santiago, PG, p. 124 y ss.; García-Pablos de Molina, Antonio, "Derecho Penal. Introducción", Madrid, 2000, p. 88 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, "Derecho Penal. Parte general", 2a ed., Valencia, 1996, p. 58 y ss.; Santana Vega, Dulce M., "La protección penal de los bienes jurídicos colectivos", Madrid, 2000, p. 41 y ss. En Italia conf. Moccia, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en "Política criminal y nuevo Derecho Penal", libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 114 y ss.. De otra opinión, entre otros, Jakobs, Allgemeiner Teil, "Die Grundlagen und die Zurechnungslehre", 2a ed., Berlin/Nueva York, 1991, ps. 2/12 y ss.. En Perú Caro John se muestra crítico ante la teoría del bien jurídico, indicando que "la conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho penalmente relevante se expresa sólo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico" (conf. Caro John, José A., "Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la Jurisprudencia penal peruana", en libro homenaje al profesor Günther Jakobs, "El funcionalismo en Derecho Penal", Bogotá, 2003, ps. 149, 150 y 151). Reseña efectuada por Pariona Arana, Raúl, "El derecho penal "moderno" (*)[N *] Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales", Lexis N° 0003/70035043-1.

¹⁰ Corti, *Jurisprudencia Fiscal Anotada*, "Impuestos", LI-A, p. 458, con cita de Zaffaroni.

¹¹ Cfe., entre otros, Moccia, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en *"Política criminal y nuevo Derecho Penal"*, libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 114 y ss.

¹² Sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 6/6/1989, ED 134-202, que declara la inconstitucionalidad de la pena instituida por el art. 38 del decreto-ley 6582/1958

- ¹³ Erbetta, Daniel, "Consideraciones sobre el razonamiento judicial y el derecho penal", SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1095
- ¹⁴ Wohlers, Wolfgang, "Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik, moderner" (Tipos de prevención del delito en la dogmática moderna), Gefährdungsdelikte, Berlín, 1999, p. 40.
- ¹⁵ Conf. Hefendehl Roland, "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" (Intereses colectivos en derecho penal), Köln/Berlin, 2001, §§ 3 II, 4, 7, 9
- ¹⁶ Conf. Hassemer, *op. cit.*, ZRP 1992, ps. 378 y 381
- ¹⁷ Jakobs, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" (Penalización por adelantado de una violación de la protección jurídica), en ZStW 97 (1985), ps. 751 y 767.
- ¹⁸ Conf. Roxin, Claus, "Schlussbericht der Tagung zum Thema 'Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts'" (Informe Final de la conferencia sobre 'la crítica y la justificación del derecho penal'), en Ulfrid Neumann y Cornelius Prittwitz (Hrsg.), "Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts", Frankfurt am Main, 2005, p. 178.
- ¹⁹ Propuesta similar efectúa Hassemer, quien propugna la asignación de tales infracciones a un "Derecho de intervención", que se ubicaría entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, y cuya mayor efectividad deviene de las menores garantías exigidas para dicha intervención, en comparación con las que son exigibles en el Derecho Penal, menores exigencias que, por su parte, son compensadas con sanciones proporcionalmente menos intensas. Lo cual, en definitiva, implica excluir del ámbito del Derecho Penal aquellos "riesgos" contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos simbólicos, y que, por lo demás, su intervención contra éstos constituiría una intervención ilegítima. (Conf. Hassemer, *op. cit.*, ps. 378 y ss.).

Bibliografía principal

- AROCENA, Gustavo A., "Hacia una legislación penal más racional", LNC 2006-1-91
- BACIGALUPO, Enrique, "Principios de Derecho Penal. Parte general", 4ª ed., Madrid, 1997
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Bs. As., 2000, t. I-A
- CORNEJO, Abel, *Los delitos del tráfico de estupefacientes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994
- CORTI, *Jurisprudencia Fiscal Anotada*, "Impuestos", LI-A, p. 458
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal – Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 3ª edic., 1992.
- D'ALESSIO, Andres J. (director), *Código Penal – Parte General*, Ed. La Ley, Provincia de Bs. As., 2007
- de RIVACOBIA y Rivacoba, Manuel, "El derecho penal en América Latina a finales del siglo XX", JA 1999-IV-1053
- ERBETTA, Daniel, "Consideraciones sobre el razonamiento judicial y el derecho penal", SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1095
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, T. II
- HASSEMER, Winfried, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts" (Identidad y crisis del derecho penal moderno), en ZRP, 1992
- HEFENDEHL Roland, "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" (Intereses colectivos en derecho penal), Köln/Berlin, 2001
- JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" (Penalización por adelantado de una violación de la protección jurídica), en ZStW 97 (1985)
- LAJE ANAYA, Justo, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Marcos Lerner, Córdoba, 1992
- LASCANO, Carlos J., "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Córdoba, 2000
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, Madrid, 2001
- MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte general", 6ª ed., Barcelona, 2002
- MOCCIA, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en "Política criminal y nuevo Derecho Penal", libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997
- MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1996
- RACHID, Cristian, "Elementos del tipo del transporte de estupefacientes (Análisis desde una óptica eminentemente jurisprudencial)", Revista Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo-Perrot, Septiembre-2009
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; "Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: Debate Penal, Junio, Lima, 1997.
- ROXIN, Claus, "Schlussbericht der Tagung zum Thema 'Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts'" (Informe Final de la conferencia sobre 'la crítica y la justificación del derecho penal'), en Ulfrid Neumann y Cornelius Prittwitz (Hrsg.), "Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts", Frankfurt am Main, 2005
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Comentarios críticos acerca de la situación actual de la Ciencia del Derecho Penal Alemán*, en GA 1995
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año III, n. 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1992, t. III
- VILLEGAS, Hector B, *Régimen Penal Tributario Argentino*, Depalma, Bs. As., 1998
- VITALE, Gustavo L., "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", en obra colectiva *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998

WOHLERS, Wolfgang, "Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik, moderner" (Tipos de prevención del delito en la dogmática moderna), Gefährdungsdelikte, Berlín, 1999

ZAFFARONI, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2002