

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
PROFESORES DE DERECHO PENAL

Los delitos de peligro y el principio de lesividad

Panel: Delitos de Peligro.

Autores: María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi
Universidad de Buenos Aires

(maria.ramos@pjn.gov.ar y szanazzi@yahoo.com)

Abstract.

Para que el Estado pueda velar por sus propios intereses y los de los ciudadanos que lo integramos, debe acudir al dictado de ciertas normas y al derecho penal que, al decir de Rudholphi, solo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas. Empero, esta función política no puede ser vista como legitimante del bien jurídico porque abriría el camino a una criminalización ilimitada. En vez, el Estado debe valerse del concepto de bien jurídico como limitador del poder punitivo para criminalizar sólo ciertas acciones que puedan afectarlo por lesión directa o por peligro.

Ello debe ser siempre así porque del universo de normas surgen los bienes que el Estado protege, por lo tanto, debemos despojarnos de la idea de que el derecho penal es creador de bienes porque su función debe limitarse a captar acciones que puedan de algún modo llegar a lesionarlo anunciándole un castigo.

Debe aclararse que no se tratará al punto relativo a si las leyes penales deben ser dictadas teniendo en cuenta la moral, porque desde un punto de vista penal-constitucional la moral no es un bien jurídico ni un interés a proteger o garantizar. La ley no podrá mandar lo que la moral o la religión prohíben ni tampoco podrá prohibir lo que la moral o la religión ordenan. El concepto de moral debe entenderse como garantía por el respeto mutuo, porque de lo contrario, el Estado se estaría inmiscuyendo en el ámbito de la consciencia de los hombres.

Resultará entonces necesario que delimitemos el concepto y función del Bien Jurídico. Podemos comenzar a decir que se trata del reflejo de los intereses de la vida humana y social de los cuales, el Estado, por medio de la ley encierra su voluntad y objetivo político. También, podríamos sostener que un concepto material de bien resulta adecuado si se lo piensa como un valor cultural que nace en los imperativos y prohibiciones de la misma norma. Desde una visión ontológica, se puede decir que bien jurídico es el resultado de valores ético - sociales orientados por un proyecto de protección basado en principios de universalidad y de dignidad de la persona humana. Con el funcionalismo, podrá verse el concepto de bien jurídico como instrumento para el mantenimiento del sistema de normas, donde la norma es vista como mecanismo para ejercer control social y como expectativa de la conducta esperada. El bien jurídico, con una función utilitarista, se identifica con la validez de la norma.

En vez, se adhiere al concepto de bien jurídico entendido como *un valor de la persona humana de carácter universal, material o ideal, pero real*, y que se lo describe como *“la relación de disponibilidad de un sujeto para con un objeto.”* Esta relación de disponibilidad asegura el desarrollo de la personalidad de un sujeto y, por tanto, debe ser visto de manera amplia, como algo material o inmaterial; como la posibilidad de uso o aprovechamiento y encuentra protección desde la Constitución, el derecho internacional y el conjunto entero de normas.

No debe tomarse el concepto de bien jurídico solamente desde un punto de vista normativo sino como un dato objetivo del ser, porque no se trata solamente de un valor, sino de un valor que puede afectar el desarrollo de la persona humana. Así se evitarán incriminaciones contrarias al principio de lesividad y que sólo tienen en mira una simple función de control estatal. Ejemplo: el medio ambiente se trata de un bien colectivo que comprende el sol, el agua, el aire y demás elementos de la naturaleza. Si se lo reduce como un bien esencial de la persona humana que hace a su desarrollo individual y dentro de la sociedad será susceptible de ser lesionado concretamente por alguna acción humana. En cambio si se lo entiende como un bien en sí mismo, solo podrán regularse acciones de control para su protección mas no como resultado de una conducta que derive en un delito.

En cuanto a tipos penales, se distinguen distintas categorías según la forma en que se ataque el bien jurídico. Así, habrá tipos de lesión cuando exista una efectiva destrucción o

disminución y, otros, donde será suficiente la constatación de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro. Existirán acciones que se criminalizan antes de que se concrete en una lesión, como el caso de la tentativa. Sin embargo, el problema está dado sobre la clase de peligro, es decir, sobre la forma en que se exprese, ya sea como una acción peligrosa o una acción que ponga en riesgo al bien jurídico. Este último supuesto, de peligro concreto, no ofrece mayores inconvenientes, ya que es verificable en el plano objetivo. El problema radica con los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, cuestionándose que esa acción todavía no afectó ningún bien jurídico y, por tanto, su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas y por ende, ausentes de lesividad.

Esto llevó a pensar que solamente hay un derecho penal de lesión y, hasta tanto aquella acción peligrosa no se concrete por vía de la causalidad en un resultado lesivo, queda amparado bajo el principio de reserva. Pero vista de este modo a la lesión, como algo material y tangible nos lleva a limitar el concepto de bien jurídico que antes definimos de manera amplia, quedando de lado aquellos que, por su característica inmaterial, resultan muy difíciles de objetivar. En algunos bienes jurídicos será sencillo poder establecer el límite entre una disminución o una anulación de esa relación de disponibilidad, ejemplo, la vida, el patrimonio, la salud. Pero existen otros tantos bienes jurídicos en los cuales resulta muy difícil establecer esa marca. Ejemplo: el medio ambiente, la seguridad.

En realidad, los delitos de peligro son en sí mismos supuestos de tipos penales en los que la mera comprobación de la conducta condiciona la afectación del bien jurídico. Lo que se castiga no es lo que pudiera haber ocurrido, no se trata de castigar una mera probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso, sino que lo que se castiga es que la conducta es intrínsecamente peligrosa. Lo que desvalora el legislador es la conducta peligrosa, no lo que pudo haber ocurrido, a partir de ella.

Por eso, en cualquier caso, más allá de la técnica legislativa con que el tipo penal está redactado, será tarea del juez determinar si en el caso concreto se afectó el bien jurídico, por lesión o por peligro. Los criterios de lesividad siempre deben guardar relación con el hecho concreto.

El problema del peligro es que no se trata de punir lo posible e incierto sino que las acciones con esa característica, peligrosas, pueden lesionar de un modo concreto al bien jurídico, pero que deberá relevarse en cada caso concreto, más allá de la forma elegida por el legislador para redactar la norma, como acción peligrosa o como acción con componente lesivo, en ambos casos el peligro debe verificarse de manera objetiva, y, también establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad producto de ese peligro con el bien jurídico.

El camino a seguir debe ser el de someter a una estricta evaluación de legitimidad en cada caso como modo de contribución para que el legislador haga uso de esta clase de tipos bajo criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. De este modo estaremos prevenidos de no caer en criterios que fundamentan las normas en criterios funcionales o utilitaristas.

En definitiva, lo que pretendemos es destacar la trascendencia del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva por parte del Estado. A partir de allí la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal.

Introducción.

La existencia de un Estado tiene necesidad política y basa su razón de ser en la paz social. Para mantener su estructura política y garantizar la convivencia social, se apoya en normas que hacen de contención y defensa frente a ataques a determinados intereses que considera valiosos. Todas las normas que el Estado dicta son en función de protección de diversos intereses, en el caso del derecho penal, mediante la imposición de una pena para quienes los lesionen o pongan en peligro.

Para el derecho penal, aquel interés que era menester proteger por parte del Estado –el bien jurídico- ha evolucionado a lo largo de la historia. Inicialmente, en la época de la ilustración y del racionalismo, se trataba de bienes subjetivos basados en el contrato social que pudieran afectar los derechos de los ciudadanos y los del Estado mismo para la realización de sus fines. Sin embargo, Feuerbach entendía que, aunque subjetivos, son preexistentes e independientes de todo origen moral y el Estado es tan solo un medio para garantizarlos.

Es a partir del aporte de Birnbaum¹ que aparece un nuevo punto de partida en la idea de un concepto de bien jurídico, no netamente subjetivo, porque parte de la premisa que detrás de ese derecho hay algo más que se quiere proteger, un interés que es su razón de ser y que surge a partir de un concepto natural y positivo del derecho. Quedan así comprendidos, tanto bienes en sentido material como valores espirituales que forman parte de los atributos que permiten la autorrealización de un hombre en sociedad (libertad, honor, etc.).

En esta línea de razonamiento, para que el Estado pueda velar por sus propios intereses y los de los ciudadanos que lo integramos, debe acudir al dictado de ciertas normas y al derecho penal que, al decir de Rudolph², solo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas. Empero, esta función política no puede ser vista como legitimante del bien jurídico porque abriría el camino a una criminalización ilimitada. En vez, el Estado debe valerse del concepto de bien jurídico como limitador del poder punitivo para criminalizar sólo ciertas acciones que puedan afectarlo por lesión directa o por peligro.

Ello debe ser siempre así porque del universo de normas surgen los bienes que el Estado protege, por lo tanto, debemos despojarnos de la idea de que el derecho penal es creador de bienes porque su función debe limitarse a captar acciones que puedan de algún modo llegar a lesionarlo anunciándole un castigo.³

He aquí el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional: ***“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de***

*Universidad de Buenos Aires, ayudantes docentes de la materia “Elementos de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología.”

¹ Birnbaum, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, colección Maestros del Derecho Penal, ed. BdF, n°32, 2010.

² Rudolph, *Los diferentes aspectos del bien jurídico*, Nuevo Pensamiento Penal, 1975-338.

³ Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal Parte. General*.

los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."⁴

Debe aclararse que no se tratará al punto relativo a si las leyes penales deben ser dictadas teniendo en cuenta la moral, porque desde un punto de vista penal-constitucional la moral no es un bien jurídico ni un interés a proteger o garantizar. La ley no podrá mandar lo que la moral o la religión prohíben ni tampoco podrá prohibir lo que la moral o la religión ordenan. El concepto de moral debe entenderse como garantía por el respeto mutuo, porque de lo contrario, el Estado se estaría inmiscuyendo en el ámbito de la consciencia de los hombres.⁵

Uno de los puntos a desarrollar será a partir del objeto de la norma penal, vista como amenaza a conductas que pongan en peligro o lesionen presupuestos básicos de la vida social. Si entendemos, tal como lo postula Binding⁶, que "*la norma crea la acción antijurídica y la ley penal la conducta delictiva*", será requisito necesario que la ley penal contenga la descripción de la conducta prohibida, como garantía de legalidad a lo que debe sumarse el requisito de lesividad como segundo presupuesto.

De aquí surgirán una innumerable cantidad de problemas que exceden el marco del trabajo, de los cuales se hace una simple mención, como por ejemplo el de la vaguedad de ciertas leyes o las denominadas leyes penales en blanco, desde un punto de vista de legalidad; o algunos delitos de lesión, caracterizados como de bagatela en torno a una posible afectación al principio de lesividad. Luego, concretamente, dentro de los delitos de peligro vamos a encontrar que los catalogados como abstractos deberían ser considerados tan solo como meras desobediencias⁷. Pero ello no será objeto de mi trabajo; sino el de analizar el componente de lesividad dentro de esta categoría de delitos; y, también las distintas posiciones que existen en torno a ello, que van desde conceptos que lo abarcan como supuestos de adelantamiento de punibilidad, como categorías inferiores a delitos, como formas distintas de lesión, en cuyo caso, si se presume o si, por el contrario, debe ser probada como en cualquier delito de resultado.

⁴ "Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4º y 5º 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, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Fallo "Arriola, Sebastián, y otros s/ causa N° 9080" - CSJN - 25/08/2009."

⁵ "Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta." (Dr. Lorenzetti, según su voto en el Fallo "Arriola")

⁶ Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t.I, 21, citado por Donna, Alberto, en *Teoría del Delito y de la Pena*.

⁷ No entraremos en este análisis, acerca de si se trata de un delito o de una desobediencia. En última instancia la desobediencia, vista en el plano contravencional, tiene una pena y como tal queda abarcada dentro de los criterios a analizar en torno a la existencia de lesividad.

Delitos de peligro y lesividad.

Como adelantamos, el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional consagra el más importante de los límites materiales que allí se imponen, no en cuanto a la criminalización primaria o secundaria, sino a la injerencia coactiva del estado en general. A su vez, desde la doctrina argentina se consagra el concepto personalista del derecho, por lo tanto, no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay derecho afectado⁸. Esta delimitación del poder de intervención del estado por una parte es garantía de estabilidad y, por otra, obliga a establecer como base de una acción típica, una lesión o el peligro de un bien jurídico.

En este sentido opera el principio de lesividad. Ninguna ley puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, ya sea que se trate de una afectación individual o colectiva, más o menos concreta, total o parcial de un bien jurídico.

Resultará entonces necesario que delimitemos el concepto y función del Bien Jurídico. Podemos comenzar a decir que se trata del reflejo de los intereses de la vida humana y social de los cuales, el Estado, por medio de la ley encierra su voluntad y objetivo político. También, podríamos sostener que un concepto material de bien resulta adecuado si se lo piensa como un valor cultural que nace en los imperativos y prohibiciones de la misma norma. Desde una visión ontológica, se puede decir que bien jurídico es el resultado de valores ético - sociales orientados por un proyecto de protección basado en principios de universalidad y de dignidad de la persona humana. Con el funcionalismo, podrá verse el concepto de bien jurídico como instrumento para el mantenimiento del sistema de normas, donde la norma es vista como mecanismo para ejercer control social y como expectativa de la conducta esperada. El bien jurídico, con una función utilitarista, se identifica con la validez de la norma.⁹

En vez, se adhiere al concepto de bien jurídico entendido como *un valor de la persona humana de carácter universal, material o ideal, pero real*¹⁰, y que se lo describe como *“la relación de disponibilidad de un sujeto para con un objeto.”*¹¹ Esta relación de disponibilidad asegura el desarrollo de la personalidad de un sujeto y, por tanto, debe ser visto de manera amplia, como algo material o inmaterial; como la posibilidad de uso o aprovechamiento y encuentra protección desde la Constitución, el derecho internacional y el conjunto entero de normas. Por lo tanto no es válido entenderlo en un sentido funcional al sujeto a partir de una norma concreta porque ello implica asignarle un criterio legitimante del poder punitivo que el bien jurídico no tiene.

Para sostener la validez de la norma deberemos acudir a la función del bien jurídico que es la de demostrar su lesión o puesta en peligro. El concepto de función

⁸ Zaffaroni- Alagia-Slokar, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Ediar.

⁹ Resultaría impropio a los objetivos de este trabajo extenderme en el desarrollo de cada una de las corrientes que analizan el concepto y función del bien jurídico, desde la visión positivista, neokantiana, ontológica y las nuevas vertientes del funcionalismo. Para ello podrá acudirse a la obra del doctor Juárez E. X. Tavares, *Bien jurídico y función en derecho penal*, de la colección Claves del Derecho Penal, número 3, Editorial Hammurabi, edición 2004.

¹⁰ Juárez E.X. Tavares, *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, colección Claves del Derecho Penal, n° 3, ed. Hammurabi, pág. 67.

¹¹ Op.cit. 6.

está dado por una relación de variables a partir de puntos de referencia de algo. Por sí sola no tiene un significado, sino solamente en el contexto de una relación. Por ello, la función del bien jurídico no constituye su valor y por lo tanto no se la puede confundir con un bien. La distinción es de suma importancia pero no puede partir de la propia norma y de su infracción. Ningún concepto de función puede derivar exclusivamente de los fines que persigue.¹² La función primordial del bien jurídico es la de actuar como límite a la aplicación del poder punitivo. Como sostuvimos antes, traza la base del injusto y además opera como objeto de referencia de la imputación cuando se demuestra lesión o peligro. Debe reunir la característica de universalidad, que le dará subsistencia como valor independiente de una relación y de sustancialidad, como dato real, material o inmaterial, capaz de ser lesionado por una conducta humana.

Para determinar la posibilidad efectiva de lesión a bienes jurídicos inmateriales o colectivos se deberá efectuar un procedimiento de demostración que consiste en determinar si esos bienes pueden ser reducidos o entendidos como bienes personales.

No debe tomarse el concepto de bien jurídico solamente desde un punto de vista normativo sino como un dato objetivo del ser, porque no se trata solamente de un valor, sino de un valor que puede afectar el desarrollo de la persona humana. Así se evitarán incriminaciones contrarias al principio de lesividad y que sólo tienen en mira una simple función de control estatal. Ejemplo: el medio ambiente se trata de un bien colectivo que comprende el sol, el agua, el aire y demás elementos de la naturaleza. Si se lo reduce como un bien esencial de la persona humana que hace a su desarrollo individual y dentro de la sociedad será susceptible de ser lesionado concretamente por alguna acción humana. En cambio si se lo entiende como un bien en sí mismo, solo podrán regularse acciones de control para su protección mas no como resultado de una conducta que derive en un delito.

En cuanto a tipos penales, se distinguen distintas categorías según la forma en que se ataque el bien jurídico. Así, habrá tipos de lesión cuando exista una efectiva destrucción o disminución y, otros, donde será suficiente la constatación de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro. Existirán acciones que se criminalizan antes de que se concrete en una lesión, como el caso de la tentativa. Sin embargo, el problema está dado sobre la clase de peligro, es decir, sobre la forma en que se exprese, ya sea como una acción peligrosa o una acción que ponga en riesgo al bien jurídico. Este último supuesto, de peligro concreto, no ofrece mayores inconvenientes, ya que es verificable en el plano objetivo. El problema radica con los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, cuestionándose que esa acción todavía no afectó ningún bien jurídico y, por tanto, su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas y por ende, ausentes de lesividad.

Dicho esto, debemos preguntarnos acerca del alcance del término “daño”, como sinónimo de lesión. Por un lado, comprende un aspecto material dado por cualquier cosa con aptitud para causar dolor o quitar los medios del placer. Arturo Rocco explica que es todo aquello que causa dolor por contraposición al placer. Si la satisfacción de las necesidades humanas causa placer, daño es todo aquello que causa insatisfacción porque quita los medios para satisfacer esas necesidades. Por eso daño es lo que quita o disminuye a la persona un bien de la vida, y porque lo que quita o disminuye es un mal,

¹² Op. Cit. 8.

daño es, en este sentido, sinónimo de mal. Luego, concluye que se trata de la modificación del mundo exterior que produce la pérdida o la disminución de un bien o de un interés humano.¹³ A su vez, amplía el concepto y aclara que interés es el bien que tiene como característica “*todo lo que puede satisfacer una necesidad.*”¹⁴

Esta necesidad se traduce en otra, la de establecer la existencia de una lesión va a limitar la aplicación de la ley penal. En cuanto a los delitos de peligro cabe ver cuál es el daño que el peligro ocasiona para los distintos bienes. Y aquí entra a jugar el factor del tiempo que hará más o menos probable que el peligro se concrete como lesión. Tendremos posibilidades lejanas a lesiones concretas y también otras más cercanas a la realidad. Sintéticamente ello se traduce en que hay distintos grados de probabilidad pero ello no excluye la posibilidad de lesión de algún interés.

Por ejemplo, sostener criterios tales como que el delito de tenencia de armas resulta inconstitucional porque no se lesiona ningún bien jurídico y que tan solo se trataría de una falta administrativa determinada por la no inscripción del arma resulta rebatible, en consonancia con lo ya expuesto, con el argumento de que no se trata de aquello que el tenedor pudiera hacer con el arma sino que, para el Estado y para toda la sociedad, resulta alarmante que existan en circulación armas sin que se sepa a quién pertenecen, de dónde salen, a quién se transmiten, etc. Ello afecta, lesiona, sin lugar a dudas el bien jurídico “seguridad pública” dentro del cual se encuentra tipificada la conducta. El componente de lesividad se comprueba con el dato objetivo de no contar con la debida autorización expedida por la autoridad habilitada para tal efecto. Por lo tanto, no se busca con este tipo penal adelantar la intervención estatal a modo de reducir los riesgos que pudieran concretarse en graves daños futuros hacia otros bienes¹⁵, sino la de establecer que existen ciertas acciones que, en sí mismas, afectan otros intereses también fundamentales de la sociedad y que el estado debe igualmente proteger de acuerdo a los fines que persigue.

Distintas posiciones en torno a la relación de peligro y lesividad.

Desde un punto de vista filosófico podríamos comenzar diciendo que las cosas son o no; suceden o no suceden. Desde esa premisa, sólo debiera tratarse o considerarse relevante aquello que es real, porque lo que solamente es posible no tiene esa condición y, por lo tanto, no existe en el mundo de lo concreto, son solo apariencias. El peligro allí no existe en realidad porque todavía no “es” y para equipararlo debemos entrar en el ámbito de la subjetividad.

¹³ Estas conclusiones fueron extraídas del artículo de Eduardo Aguirre Obarrio, *Un paseo por el peligro*, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, ed. Ad-Hoc, 1996, pág. 69.

¹⁴ *Idem* nota anterior, página 70.

¹⁵ Aquí existen voces que aluden a que con esta forma de tipificar conductas disvaliosas se terminaría en un camino donde se volvería punible el peligro del peligro, y más tarde, el peligro del peligro del peligro. Bien a ello cabe citar nuevamente al doctor Aguirre Obarrio [Op. Cit. Nota 13], que en breves palabras rebate este argumento diciendo que “... *se trata de una designación impropia, porque el peligro es el mismo, contemplado con anterioridad. Podemos decir que un joven es un proyecto de hombre maduro y que un niño es un proyecto de joven. Pero decir que un niño es un proyecto de un proyecto, no. El niño está más lejos, pero el proyecto es el mismo. Tal cual sucede con el peligro*”, ver pág. 74.

Dentro del espectro de posibilidades habrá condiciones que influirán en que se conviertan en realidades y también existirán otras que condicionarán a la desaparición del peligro. Es decir que dependiendo de ciertas condiciones, como la naturaleza de la acción, factores causales, así como el tiempo, aquello que se inició como una posibilidad tendrá, o no, capacidad de concretarse en algo real o desaparecer. Esto es en gran parte cierto, pero no en su totalidad porque el peligro es algo más que una posibilidad, es decir como algo que puede ser o no ser.

Sin embargo, quienes explican esta posición sostienen que cuando se castiga una acción típicamente peligrosa no se cumple con los criterios de lesividad dado que se parte de una perspectiva *ex-ante*, el peligro como posibilidad y no *ex-post*, como resultado.¹⁶

Esto llevó a pensar que solamente hay un derecho penal de lesión y, hasta tanto aquella acción peligrosa no se concrete por vía de la causalidad en un resultado lesivo, queda amparado bajo el principio de reserva.¹⁷ Pero vista de este modo a la lesión, como algo material y tangible nos lleva a limitar el concepto de bien jurídico que antes definimos de manera amplia, quedando de lado aquellos que, por su característica inmaterial, resultan muy difíciles de objetivar. En algunos bienes jurídicos será sencillo poder establecer el límite entre una disminución o una anulación de esa relación de disponibilidad, ejemplo, la vida, el patrimonio, la salud. Pero existen otros tantos bienes jurídicos en los cuales resulta muy difícil establecer esa marca. Ejemplo: el medio ambiente, la seguridad.

Otra posición¹⁸ sostiene que la problemática está dada porque en los delitos de peligro concreto, el *peligro* es un elemento del tipo que puede ser constatado por el juez en un caso concreto y que opera como un elemento del tipo objetivo. En vez de resultado lesivo hay peligro lesivo. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, existen indicios de peligrosidad determinados por la ley. Pero, aunque la ley releve una acción peligrosa, lo cierto es que el peligro debe ser constatado *ex-post*, en un caso dado.

En realidad, los delitos de peligro son en sí mismos supuestos de tipos penales en los que la mera comprobación de la conducta condiciona la afectación del bien jurídico. Lo que se castiga no es lo que pudiera haber ocurrido, no se trata de castigar una mera probabilidad¹⁹ de ocurrencia de un evento dañoso, sino que lo que se castiga es que la conducta es intrínsecamente peligrosa. Lo que desvalora el legislador es la conducta peligrosa, no lo que pudo haber ocurrido, a partir de ella.

Por eso, en cualquier caso, más allá de la técnica legislativa con que el tipo penal está redactado, será tarea del juez determinar si en el caso concreto se afectó el bien jurídico, por lesión o por peligro. Los criterios de lesividad siempre deben guardar relación con el hecho concreto.²⁰

¹⁶ Rodríguez Montañés, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ed. Rubinzal- Culzoni, pág.30.

¹⁷ Esta posición fue afirmada por Sebastián Soler. Ello surge del desarrollo del artículo del doctor Marcelo A. Sancinetti, “*Tipos de peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus)*”, publicado en los Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VII, número 12.

¹⁸ Schröder, citado por Teresa Rodríguez Montañés.

¹⁹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal*, t. IV, p. 562.

²⁰ En este sentido se sostiene que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga la conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un

No puede soslayarse que existen quienes afirman que “*en los delitos de peligro abstracto el peligro no integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la ratio legis del legislador, es decir el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva.*”²¹ Obviamente, esto acarrea un problema que va más allá de una técnica legislativa deficiente, fundamentalmente porque la afectación a un bien jurídico se presume *iure et de iure* y ello puede vulnerar principios de legalidad y culpabilidad.

Es preferible otra forma de entender el concepto de peligro, como aquel que puede ser visto como una cosa en sí, objetivado, reflejo de una situación que se da en la realidad. Tiene objetividad desde el momento en que la norma se considera agredida cuando se desarrolla en el mundo exterior una conducta que altera el status del medio social y que por sí misma es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad.²²

Una cosa es una acción peligrosa, que puede ser objetivada, y otra, lo que pueda suceder a partir de esa acción, que es hacer futurología, y va en contra del postulado del artículo 19 CN.

Ciertamente, el peligro juega dentro de esta evolución de lo posible a lo real. Ubicado el concepto, volvemos a la segunda pregunta, relativa a si es suficiente un conocimiento general de peligro como dato objetivo; y si tiene efecto lesivo sobre algún bien jurídico. No debemos confundir la objetividad del peligro con factores de naturaleza subjetiva, como sensaciones o sentimientos, que se toman en cuenta para integrar el concepto de peligro. Este problema hará que pasemos del peligro al riesgo, que veamos el riesgo como alarma y luego como sinónimo de miedo. El miedo transforma lo objetivo en subjetivo y, terminemos en la conclusión de que es por ello que el Estado necesita actuar para evitar males futuros.

Una opinión distinta es la que nos da Bacigalupo, solo en lo relativo a los delitos de peligro abstracto cuando afirma que en realidad son ilícitos menores y por lo tanto meras desobediencias que no ponen en riesgo a los bienes jurídicos²³. Pareciera que aquí nos hablara de más de una categoría de bienes cuando alude a ilícitos menores y desobediencias, pero aunque así fuera, no por ello puede afirmarse que no exista lesividad en los términos del artículo 19 CN. Verdaderamente, cuando hablamos de ilícito, desobediencia, delito o contravención hablamos de una acción conminada con algún tipo de sanción, eso es derecho penal. Lo que se sanciona es la conducta contraria al derecho de otro, que podrá ser una persona individual o el Estado mismo.²⁴

resultado. En los (delitos) de peligro abstracto... se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido (confr. Entre otros, Mayer, Frank, Welzel, Schmidhäuser, Stratenwerth, Jescheck, Jakobs, Roxin, Jiménez de Asua, todos citados por Teresa Rodríguez Montañés en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ed. Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 2004, pag. 30.

²¹ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. II, p. 328.

²² Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Colección Maestros del Derecho Penal*, ed. BdF, número 23, 2007.

²³ Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*. Akal ediciones, España, 2ª. Edición, 1994.

²⁴ En apoyo de mi postura me atrevo a citar a Birnbaum (op cit.1) cuando explica con meridiana claridad que “... si se predica de las contravenciones de policía que ellas no son acciones antijurídicas en sí mismas, o bien que representan acciones que en un principio eran jurídicamente posibles pero que el Estado está legitimado para prohibirlas, así como que dicha prohibición fundamenta un derecho a la obediencia, si luego, se prosigue diciendo que el concepto de una contravención de policía emerge del

Una posibilidad más. Si sostenemos que la norma tiene por función expectativas de comportamiento y está allí a modo de asegurar la confianza en una sociedad, el quebrantamiento de ésta es una cuestión de hecho. La sola infracción o la comprobación de un riesgo desaprobado de la norma es lesión y no interesaría nada más. El peligro verificado como dato de la realidad y porque está en la norma sería suficiente. Claro que una posición que adopta una función reductora del poder punitivo no puede sostenerlo porque la construcción de la tipicidad debe establecer el pragma típico y excluir la tipicidad cuando no medie conflictividad. De esta manera se podrá determinar la lesividad y la capacidad objetiva de imputación del agente. No habrá conflicto cuando una acción no lesiones a nadie, más allá de la forma de redactar el tipo por el legislador.

Conclusión.

El problema del peligro es que no se trata de punir lo posible e incierto sino que las acciones con esa característica, peligrosas, pueden lesionar de un modo concreto al bien jurídico, pero que deberá relevarse en cada caso concreto, más allá de la forma elegida por el legislador para redactar la norma, como acción peligrosa o como acción con componente lesivo, en ambos casos el peligro debe verificarse de manera objetiva, y, también establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad producto de ese peligro con el bien jurídico.

El camino a seguir debe ser el de someter a una estricta evaluación de legitimidad en cada caso como modo de contribución para que el legislador haga uso de esta clase de tipos bajo criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. De este modo estaremos prevenidos de no caer en criterios que fundamentan las normas en criterios funcionales o utilitaristas.

En definitiva, lo que pretendemos es destacar la trascendencia del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva por parte del Estado. A partir de allí la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal.²⁵

derecho a la obediencia protegido a través de la conminación de una pena, derecho que, empero, es lesionado nada menos que merced a la comisión de la acción prohibida, entonces queda de manifiesto que ésta no puede ser denominada una lesión de derechos debida a la amenaza de una ley penal, sino que es la acción que ha sido prohibida y conminada con una pena, la cual adquiere la calidad de lesión de derechos sólo cuando es cometida, esto es, si se la ejecuta a despecho de haberse publicado la prohibición penal... Si una acción no es antijurídica cuando queda sin resultado, tampoco puede serlo cuanto lo tiene. El derecho de exigir que nadie nos lesione comprende en sí al mismo tiempo el de exigir que nadie nos coloque en peligro jurídico. Por ende, atendiendo a este segundo derecho análogo, las acciones jurídicamente peligrosas constituyen verdaderas lesiones de derechos.”

²⁵ "Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta." (Dr. Lorenzetti, según su voto, en el Fallo "Arriola" ya citado.)

Bibliografía.

- Aguirre Obarrio, Eduardo, *De paseo con el peligro*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, ed. Ad-Hoc, 1996.
- Aguirre Obarrio, Eduardo, *Segundo paseo con el peligro*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, Números 4-5, ed. Ad-Hoc, 1997.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte General*. 2ª. Edición, ed. Hammurabi.
- Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, colección Maestros del Derecho Penal, ed. BdF, n° 23, 2007.
- Birnbaum, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, colección Maestros del Derecho Penal, ed. BdF, n° 32, 2010.
- Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*. Ed. BdF.
- Donna, Alberto, *Derecho Penal. Parte general*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Donna, Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, ed. Astrea.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, 8ª. Edición, 2008.
- Maier, Julio; Córdoba, Gabriela (compiladores), *¿Tiene un futuro del derecho penal?*, ed. Ad-Hoc, 2009.
- Rodríguez Montañéz, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Ed. Civitas.
- Sancinetti, Marcelo A., *Tipos de Peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 7, Número 12, ed. Ad-Hoc, 2001.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, ed. Tea.
- Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar.