

Tema: Delitos de peligro abstracto.

Título: La sociedad de riesgo y el Derecho penal.

Jorge Barrera.

Profesor de Derecho penal I y II Universidad de Montevideo.

Tel (0059899423131); dirección: código postal: correo electrónico:

jbarrera@estudiobarrera.com.uy

I

“En la sociedad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.

Este cambio de lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a (al menos) dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consume (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que, al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización, se liberen los riesgos y los potenciales de autoamenza en una medida desconocida hasta el momento.”(1)

De esta manera, comienza el sociólogo alemán Ulrich Beck su famosa obra “La sociedad de riesgo”, que marcara un hito no sólo en el campo de la sociología, sino (y no precisamente de manera inesperada) en el campo de la dogmática jurídico penal: la que –como bien se ha dicho- ha extraído sus conclusiones y adoptado sus premisas de manera cuasi automática.

Señalamos anteriormente que dicho “traspaso de conclusiones” no era “inesperado” (no debiera al menos serlo al intérprete atento) desde el momento en que el Derecho penal ha de encontrar una solución concreta y eficaz a múltiples problemas que han emergido (y siguen emergiendo) de ésta sociedad de riesgo, nuestra sociedad actual. Así, es que tenemos un abanico de casuística inmenso que va desde el Sida, pasando por los accidentes nucleares, las catástrofes ecológicas como el actual derrame de la British Petroleum en el Golfo de México, el terrorismo, el lavado de activos, la ciberdelito, el narcotráfico, las hasta las catastróficas cifras anuales de lesionados y muertos que arrojan los accidentes de tránsito. Y será sobre esa extensa y compleja materia compuesta de multitudes de interconexiones causales, de contextos de acciones más colectivas que individuales y por ende, más anónimas y estandarizadas; que el Derecho penal ha (y habrá) de adecuarse.

Claro que dicha adecuación podrá ser una que atienda a sus principios, estructuras e instituciones clásicas (que perfilan un “deber ser”), aunque moderándolas o morigerándolas en algunos aspectos relativos a su alcance o aplicación; o bien, otra u otras que las desatiendan de manera amplia (cuando no plena), sustituyéndolas por otras de dudosa constitucionalidad, amen de difícil compaginación respecto de aquellos principios, instituciones y estructuras (que se verían reducidos al llamado: núcleo clásico del Derecho penal). Así se ha afirmado recientemente: *“Es común escuchar casi con resignación que existen dos o más formas de Derecho penal: uno que se refiere a los delitos tradicionales, homicidio, privaciones de libertad, abusos sexuales, hurto, estafas, etc., en el cual se deben mantener las garantías mínimas y otros derechos*

penales que ya no tienen relación con el bien jurídico, tal como hasta ahora se ha entendido, sino que se refieren a ciertos delitos que hacen a bienes jurídicos generales de difícil determinación, hasta la afirmación de que ni siquiera es necesario este concepto reemplazándolo por la violación de la norma, delitos de puro hacer, etc.” (2)

Como efecto de lo expuesto, se puede constatar un verdadero desarrollo cuantitativo en las partes especiales de los más modernos Códigos penales, emergiendo tipos penales no convencionales y observando fundamentalmente la estructura del peligro abstracto; así como un verdadero desarrollo cualitativo con un fuerte incremento de los baremos punitivos; y todo ello íntimamente relacionado con la idea del “riesgo”. Es que, justamente, es tan sólo bajo el prisma de una concepción apoyada únicamente en su veta naturalística u ontológico-social de “Ser” de las relaciones sociales, que se componen las categorías del “Deber ser” que inspiran a estas nuevas construcciones dogmáticas jurídico penales. Ello hasta el punto de llegar a una confusión entre ambas categorías, desconociéndose toda distancia, diferencia, o siquiera indefinición entre las mismas. Así, es que, conforme a estos nuevos “dogmas”, vemos emerger tipos de peligro abstracto, no solamente a modo de adelantar la barrera de punibilidad a lo que hasta hace no menos de cincuenta o treinta años no dudábamos en calificar de meros actos preparatorios, sino también porque refieren los mismos a bienes jurídicos indeterminables cuya ofensividad (tanto a nivel de lesión como de peligro concreto) es imposible de confirmar. Y así también, es que vemos desfigurarse los dogmas propios de los principios dogmáticos propios del Estado Constitucional de Derecho tales como el Principio de Legalidad (ante la vorágine de los tipos penales en blanco), de Culpabilidad, de Ofensividad; así como un permanente deterioro del principio intradogmático de la dignidad humana que ha de ceder ante el de Bien común político.

Dentro de tal marco situacional, ha expresado ALBRECHT: *“Los mecanismos formales y materiales del derecho penal están orientados, cada vez más, a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. La finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal, desde la intervención encubierta hasta las escuchas de la vivienda. Uno de los rasgos típicos del Derecho penal del riesgo es también la inclusión del que no es sospechoso en las medidas de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha.”* (3)

De tal guisa, es que siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, se ha sostenido que esta materia compone un verdadero Derecho penal de dos velocidades (si bien hoy día, con referencia a los delitos de terrorismo y blanqueo de capitales internacionales, pudiere hablarse perfectamente de tres velocidades), caracterizando a estos delitos fundados en el “riesgo” por las siguientes variables:

- la creación de bienes jurídico penales novedosos, que no se relacionan con los tradicionales.
- La amplificación del espacio de riesgo jurídico penalmente relevante, lo que conlleva a
- La morigeración de las reglas o criterios de imputación.
- La relativización y/o limitación de los principios político criminales de garantía propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. (4) (5)

Más si se observa detenidamente, subyacente a todas estas variables, se halla el concepto de “riesgo” como (en feliz expresión de DONNA) *concepto regulador básico* de la dogmática de este nuevo Derecho penal.

De tal forma, que será conforme a dicho parámetro (riesgo) que se podrá imputar conforme a Derecho, conductas que conlleven peligros causales de lesión o puesta en

riesgo al bien jurídico, ello en la medida en que el autor de la misma no se exceda del marco o baremo de “riesgo permitido” (y ello a mi entender, aunque no haya adoptado todas las medidas de control necesarias para disminuir el peligro de aparición de dichos resultados lesivos. Contrariamente a lo señalado: DONNA y DEMETRIO CRESPO).

También en atención a dicho baremo de riesgo permitido o penalmente irrelevante, es que se determinará la ofensividad de la conducta respecto del bien jurídico, en especial en aquellos casos en que éste no es más que una construcción indeterminable que responde, o bien a situaciones jurídicas de intereses difusos o intereses colectivos (de allí que una conducta individual desarrollada por el reo sea impasible de generar siquiera un riesgo a su respecto), o bien a verdaderas funciones sociales que se disfrazan de bienes jurídicos (como ser, v. gr.: la función recaudatoria en los delitos fiscales). Y lo expuesto, cuando no se trata, lisa y llanamente de la tutela de la mera vigencia de la norma, bajo la concepción de las expectativas legítimas que a su respecto se conforman, conforme ello a los postulados del funcionalismo sistémico, cuyo principal expositor sigue siendo a la fecha, Günther JAKOBS.

El bien jurídico, de tal modo, sufre un menoscabo en su integridad, y en su lógica dentro de la Teoría del delito. De ser el fundamento tuitivo de la norma penal de determinación/conducta, pasa a ser un escollo; el que se sorteja mediante el recurso de crear nuevas especies a cuyo respecto no se puede formalizar un juicio de lesividad siquiera a título de riesgo (peligro concreto). De allí que, en la medida en que no se puede verificar a su respecto lesividad u ofensividad alguna, se prefiera a la hora de tipificar conductas penales, el recurrir a estructuras de delitos de comisión por omisión, cuando no de mere conducta, a cuyo respecto no se requiere verificar previamente a la imputación objetiva de corte netamente normativo, la relación de causalidad o nexo de causalidad (etapa previa propia de los delitos de resultado material separado de la conducta).

Mal podrá pues, un bien jurídico que obedece a una ontología indeterminable - propia de una función o de una situación jurídica de interés colectivo o difuso-, cumplir con su ratio de garantía limitativa del Ius Puniendi: ello ya que a su respecto, difícilmente se podrá contra-argumentar por la defensa, acreditando la inexistencia en el caso particular de ofensividad o lesividad alguna. (6)

Pero fundamentalmente, lo que ha de desprenderse en este capítulo introductorio, es la concepción del legislador penal, como ingeniero social; extremo éste que menoscaba el carácter fragmentario del Derecho penal (llevándole a una concepción de “expansivo”) que no solamente no es natural a éste, sino que incluso socava su constitucionalidad. Así como también, hiere de muerte a su finalidad de prevención general positiva, ya que su énfasis estará puesto en la prevención general negativa. Ya que, lejos de inspirarse las normas de conducta penales en principios, y valoraciones fuertemente arraigadas en la tradición y en la conciencia del colectivo social al que alcance en su regulación; las mismas estarán fundadas en intereses o necesidades de corte funcional no siempre comprendidas, ni por tanto arraigadas o compartidas por dicho colectivo (inexistencia de conciencia social de la norma de conducta/valoración). De allí la necesidad de echar mano al Derecho penal como instrumento de conminación o intimidación, para prevenir así que los individuos realicen las conductas típicas.

Así, a modo de síntesis de lo hasta aquí expuesto, y ya adelantando la crítica que nos ha de merecer todo ello (siendo extensivo a la estructura de los tipos de peligro abstracto), ha sostenido PRITTWITZ: *“Esta descripción (...) conduce a una revitalización de la creencia en la fuerza conformadora de costumbres del Derecho penal. La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se*

trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que sólo cuando se analizan superficialmente, resultan ofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que por el contrario contravienen con frecuencia una moral lejana mucho menos relevante en la conformación de conductas. Estas conductas son generalmente designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto a que su peligrosidad deviene únicamente por el denominado efecto de acumulación, o dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias. Ante la duda se afecta antes a comportamientos conformes con el sistema que a comportamientos desviados, lo que muestra en los nuevos criminalizados un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta más simpatías; destinatarios idóneos de las nuevas formas penales son con frecuencia sólo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de poder (...)

La acentuación de estas características del Derecho penal de riesgo pone de manifiesto que, al menos en mi opinión, este sirve a fines legítimos, necesarios y justos. Pero muestra también de forma clara que existen una serie de exigencias que desbordan el proyecto del Derecho penal del riesgo, si lo que se pretende es utilizar la criminalización, según manda la tradición, de forma instrumental con el fin de evitar comportamientos peligrosos. Y es que un programa penal, que tiene la razón de su parte, pero que no descansa en categorías morales y normas sociales asentadas (inhibición a matar, tabú de la violencia, la ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas, y que lleva ad absurdum el concepto –por todos bien visto- del comportamiento desviado, tropieza pronto con los límites de su poder de definición, y en cualquier caso, de su potencial de dirección.” (7)

II.

Si bien su aparición se remonta a un tiempo anterior al surgimiento en el último cuarto del siglo pasado de este (así llamado) “Nuevo Derecho penal de riesgo”; el delito de peligro abstracto ha observado un profuso protagonismo en el mismo.

Ello se explica esencialmente, por las características propias de este nuevo derecho penal, que lejos de aceptar su carácter fragmentario (es decir: que se ocupe de tan solo algunas relaciones intersubjetivas antijurídicas que generen profundas disfunciones o conflictos sociales de entidad); lo que busca es su expansión en un ámbito tridimensional:

- a) mediante la recepción (cuando no creación) de nuevos bienes jurídicos, tales como el medio ambiente, la hacienda pública, la economía, la seguridad en el tráfico, etc.
- b) mediante el adelantamiento de la barrera de la punibilidad a lo que antológicamente pudiese calificarse de actos preparatorios,
- c) mediante la morigeración de las exigencias para cerrar el juicio de reprochabilidad penal: no requiriéndose la verificación de lesividad u ofensividad alguna respecto del bien jurídico tutelado.
- d) Mediante la criminalización de conductas que, hasta ese entonces no eran pasibles de considerarse penalmente relevantes ni socialmente inadecuadas (por no afectar negativa y ontológicamente a ningún bien jurídico determinable).

Frente al referenciado marco que compone la referenciada expansión del Derecho penal de riesgo, se entiende perfectamente la razón por la cuál, la estructura típica de los delitos de peligro abstracto resulta la ideal para el mismo.

Atendiendo a su relación para con el bien jurídico tutelado, los delitos se clasifican en delitos de lesión, de peligro (concreto) y de peligro abstracto. Acerca de estos dos últimos, define MIR PUIG: “Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serán delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.”

Y ejemplifica respecto de los delitos de peligro abstracto: “el art. 379 CP, que castiga al que “condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas” es un delito de peligro abstracto, porque no es preciso que la conducta haya puesto en peligro concreto algún bien jurídico, bastando la peligrosidad que se supone conlleva la acción. Por mucha peligrosidad ex ante que tenga la conducción en estas circunstancias, si no ha habido ninguna persona que haya estado próxima a la lesión o muerte, no existe un delito de peligro concreto, sino de de un peligro abstracto.” (8)

Conforme a lo reseñado, los delitos de peligro abstracto se conforman ya con la mera constatación de la acción típica por parte del sujeto activo, no requiriéndose a su respecto más que una peligrosidad general de dicha conducta para algún bien jurídico, lo que no incluye una concreción alguna de tal peligro denotativa de una probabilidad inmediata o próxima de lesión.

De tal manera que lo único que se requerirá respecto del bien jurídico es un juicio de peligrosidad ex ante, que se compone a su vez de un doble juicio: uno nomológico, y otro gnoseológico, por los que se atienden tanto el análisis de la conducta en sí misma (desde el punto de vista material u óntico-ontológico) y su explicación conforme a las leyes de las ciencias naturales y sociales. Conforme a ello es que se le catalogará dentro de determinada categoría o tipo de peligrosidad que, estadísticamente (cuando no antojadizamente) se entiende que causaría determinado resultado concreto.

No se computará, pues, a su respecto, ningún juicio ex post que atienda a una valoración normativa de la conducta peligrosa (ex ante), ni menos aún se atenderá a si la peligrosidad resultante del juicio ex ante interfirió o al menos se acercó (siquiera) al ámbito de disponibilidad propio del bien jurídico correspondiente. De tal manera que, más que de peligro abstracto, correspondería hablar de *peligrosidad abstracta*, ya que de eso se trata en esencia: una pura peligrosidad ex ante, fijada conforme a criterios netamente estadísticos o presuntos en lo que a su ofensividad para con el bien jurídico concreto respecta.

Ahora bien, el recurso al delito de peligro abstracto como estructura típica de este novel Derecho penal de riesgo (realidad ésta indiscutible tanto en el Derecho penal europeo continental, como en el Derecho penal anglo-americano, así como en las últimas legislaciones penales extra código originadas en América Latina), más despojándole de toda interpretación garantista y conglobante respecto de las normas Constitucionales, así como despojado de la guía teleológica de los principios intradogmáticos y clásicos del Derecho penal liberal; está destinado a sufrir un inevitable y rotundo fracaso. Esto conforme a lo que –con gran claridad- manifestara PRITTWITZ: “Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: estas tareas lo sobrepasan. La respuesta a los problemas de la sociedad moderna, que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa, y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, quedan sin resolver cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso cabe temer ocasionalmente efectos colaterales, contra productivos, en la intervención del Derecho penal, pues dado que no se atajan las causas estructurales –o más acertadamente sistémicas- que conducen al fracaso del

Derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional". (9)

Es que, justamente, un Derecho penal, cuya norma de conducta se eleva a la ratio misma de la pena: esto es cuya finalidad es la tutela de la norma en sí misma. Donde el ciudadano no puede reconocer en la prohibición o el mandato de la norma penal una finalidad de protección de determinados bienes jurídicos reconocibles y determinables, y por ende, mal puede afirmarse positivamente una conciencia social acerca de tal norma a su respecto. Es, pues, un Derecho penal cuya pena nunca podrá tener como fin la prevención general positiva de la norma, y donde resultará cuanto menos curioso el precisar un fin de prevención especial de la pena, a su respecto.

Así, y dentro del Derecho penal de tráfico viario, véase lo que sucede cuando se tipifica como delito el carecer de libreta de conducir, o tener la misma vencida. En este caso, estamos materialmente ante no otra cosa más que una falta o infracción administrativa, carente de toda connotación lesiva para con la integridad física o la vida de los individuos que participan del tráfico viario (conductores, peatones, etc). Si bien es cierto que se podría especular en que –estadísticamente- quien carece de libreta o la tiene vencida, es una persona cuyas condiciones para el manejo de vehículos no es la óptima, o hay mayor riesgo de que así sea (por ejemplo, por no haberse realizado el análisis médico preceptivo para obtener la renovación, o por no haber demostrado su conocimiento teórico acerca de las reglas del tránsito a través del examen correspondiente); lo cierto es que difícilmente tal argumentación resista un examen de lesividad siquiera mediata respecto de las mencionadas objetividades jurídicas (vida, integridad física, o incluso más: seguridad). Asimismo, desde un punto de vista político criminal, no sería difícil que los ciudadanos vieran en la imposición de tal pena, no otra cosa más que un exceso por parte del Estado, irracional por innecesario; lo que lejos de compartir la norma de conducta impuesta por la norma penal, les llevaría a considerarla un mero acto de poder (coercitivo) por parte del Estado (y de allí al repudio, no hay muy largo trecho).

III

A estas alturas del análisis, tras haber analizado -siquiera someramente- el dogma que subyace al llamado Derecho penal de riesgo, y desde allí comprender el alcance y thèlos de la estructura típica del delito de peligro abstracto; cabe hacer la siguiente la puntualización a título personal: no considero que tal estructura sea conforme a la Constitución y a las garantías propias del Derecho penal propio del Estado Constitucional de Derecho. Más aún, si se consideran los efectos de semejante estructura respecto del proceso penal. Sin perjuicio de ello, reconozco su existencia como un dato indiscutible dentro de la dogmática penal contemporánea, así como que, desgraciadamente, goza de gran salud y vigencia.

De allí que, en el capítulo siguiente (final) de este trabajo, expondré brevemente siquiera algunas de las características que habría de presentar la tipificación de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de alcanzar una mínima estandarización conforme a la Constitución nacional, así como a los principios dogmáticos e intradogmáticos del Derecho penal; y de tal guisa, evitar el fatal destino que reseñáramos ut supra.

IV

Conforme a lo anunciado, y a los efectos de intentar conciliar la estructura de los delitos de peligro abstracto derivada de la concepción dogmática del llamado Derecho penal de riesgo, con los principios y garantías propios del Derecho penal del Estado

Constitucional de Derecho; es que propongo (sin ánimo, ni pretensiones de agotarlos) los siguientes requisitos dogmáticos, propios (ellos) de la dogmática penal liberal y constitucional:

a) el rechazar la tipicidad en aquellos casos en que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. Esta posición es sostenida con gran claridad por MIR PUIG, quien señala que los delitos de peligro abstracto, como tales, no dejan de ser delitos de peligro; siendo el peligro una característica de la conducta ex ante, no del resultado. Lo que le caracteriza como “peligro abstracto” son dos extremos: a) el que se requiera para su conformación la verificación de un juicio de peligrosidad ex ante (peligro estadístico), b) el que no se requiera a su respecto un resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico (propio ello del delito de “peligro concreto”).

Ahora bien, tal peligrosidad ex ante, que se supone inherente a la acción típica puede rechazarse siempre que se constate que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano. Señala al respecto el referido Profesor: “(...) hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. A favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento.” Y remata su desarrollo: “Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.” (10)

De tal manera, y siguiendo este razonamiento, si bien en los delitos de peligro abstracto, no se podría justificar la falta de tipicidad por la constatación ex post facto de la falta de peligro concreto (esto es: de la proximidad de la peligrosidad al ámbito de disponibilidad de un bien jurídico, por ejemplo, integridad física); sí se podría sostener tal atipicidad fundado en que de antemano, ex ante, es decir: antes de efectuar la conducta típica, el individuo excluyó todo riesgo o peligro.

Si bien cabe reconocer que los casos en que se verificarían los extremos señalados por el referenciado Profesor, son de difícil producción en la casuística; lo cierto es que al menos **tiene la virtud de rechazar la existencia, respecto de los delitos de peligro abstracto, de una presunción legal iure et de iure acerca de la peligrosidad de la acción**, posición ésta última absolutamente violatoria del principio de culpabilidad, de ofensividad y de dignidad humana propios del Derecho penal.

b) el rechazo de los delitos de peligro abstracto de mera conducta. Es a nuestro juicio, absolutamente insalvable la inconstitucionalidad de toda aquella estructura típica de peligro abstracto que carezca de todo contenido de injusto material. Estos tipos delictivos, a cuyo estudio se ha dedicado especialmente Günther JAKOBS, denominándolos “Delitos de pura desobediencia”, se caracterizan por construirse sobre la base de que el interés jurídico resulta ya vulnerado mediante una mera infracción de la prohibición establecida en la norma de conducta (esto es: en el precepto penal).

Tal como ha sostenido MARTÍNEZ BUJÁN, se trata en puridad de principios, de auténticas infracciones administrativas que son elevadas al rango de infracción penal. Por supuesto, que en dicha “elevación de rango” quedan por el camino los principios de ofensividad o lesividad, así como el principio de última ratio y el carácter de fragmentariedad del Derecho penal clásico. De allí la referida inconstitucionalidad insanable de la que adolecen tipos penales (que se pueden apreciar en las legislaciones españolas y alemanas) tales como: los delitos tributarios contables en su modalidad de

incumplimiento de la obligación de llevar libros de contabilidad o registros fiscales, o, en materia de delitos de tráfico viario, la inobservancia de portar libreta de conducir vigente y en regla.

Lejos de aceptar los delitos de peligro abstracto de mera conducta, o “de pura desobediencia”, donde la objetividad jurídica tutelada no deja de ser, pues, más que la propia norma de conducta desnudada de toda valoración material y axiológica; sostenemos con vehemencia su inconstitucionalidad. Y no conformes con ello, debe de exigirse que, como mínimo estándar de garantía, el tipo penal de peligro abstracto no sea un delito puramente formal sino que observe un peligro real para bienes jurídicos penales (ello por más abstracto o genérico que sea).

De tal modo, “se trataría de delitos que no se consuman con la simple concordancia formal de la conducta humana con los presupuestos típicos correspondientes, esto es, con la mera infracción de la prohibición, sino que requieren la efectiva comprobación en la conducta de un juicio ex ante de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico.” (11)

c) propiciar a los delitos de peligro abstracto de aptitud. Dentro del Derecho penal continental europeo, así como en determinadas noveles legislaciones penales extra código en Latinoamérica; se ha verificado el surgimiento de determinadas figuras típicas de peligro abstracto que observan ciertas referencias típicas expresas que dicen relación para con su peligrosidad (de tal conducta tipificada) respecto de la objetividad jurídica tutelada. Así observamos referencias como: “de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores” (como es el caso del art. 282 Código Penal Español referente a delitos relativos al mercado y a los consumidores), “de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma” (como es el caso del art. 290 Código penal Español referente a los delitos societarios), “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” (como es el caso del art. 325-1 del Código penal Español referente a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente).

A su respecto, ha señalado la doctrina: *“Lo verdaderamente identificador de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos “de aptitud”, o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Si se repasa el catálogo de delitos socioeconómicos en el nuevo CP español, se puede comprobar que este recurso técnico –frecuente también tradicionalmente en otros sectores delictivos como, sobre todo, en el ámbito de la salud pública- ha sido bastante utilizado por el legislador de 1995. De esta manera el legislador español ha atendido en este punto las sugerencias de la doctrina especializada, que había preconizado el empleo de semejante técnica restrictiva de tipificación por razones de diversa índole, estimando desde luego que resultaban preferible a la opción de efectuar limitaciones en el tipo subjetivo.”* (12)

Tal como se puede apreciar, se trata en la subespecie, de un requisito normativo del tipo objetivo, denotativo de la “aptitud” de la conducta concretamente realizada por el agente para la producción de un daño. De allí que se trate de un elemento normativo típico de carácter relativo ya que requerirá una valoración concreta, en cada caso de verificarse una conducta típica, consistente en el riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Asimismo, y por tratarse de un elemento del tipo objetivo, la señalada referencia normativa ha de hallarse abarcada por el dolo del autor, siquiera a

título de dolo eventual; por lo que también constituye una limitación a nivel (ahora) de tipicidad subjetiva, abriendo la posibilidad de verificar a su respecto, un error de tipo.

Cabe sin embargo, hacer una serie de puntualizaciones respecto de esta modalidad especial de peligro abstracto:

i) a los efectos del juicio de tipicidad, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno respecto del bien jurídico tutelado.

ii) sin embargo tal peligro de lesión/riesgo del bien jurídico tutelado habrá de ser considerado como un “motivo” que impulsara la conducta del agente a la hora de poner en marcha el curso causal (esto es: de exteriorizar la conducta típica). Todo ello atendiendo a la ponderación realizada expresamente por el legislador a la hora de criminalizar tales comportamientos.

iii) de allí que, si bien la doctrina abrumadoramente reconoce a estos delitos la estructura de los delitos de peligro abstracto, reconoce como evidente el que se deba atender aquí a un “desvalor potencial de resultado”, o a un desvalor de resultado primario que concebido como un desvalor de la peligrosidad, indudablemente caracteriza a estos delitos (conforme señala WOLTER). (13)

iv) al respecto, corresponde atender a lo reseñado por CERESO MIR, quien señaló que en los delitos de aptitud la gravedad del desvalor de la acción es mayor que con respecto del delito de peligro abstracto stricto sensu, ya que en ellos la peligrosidad de la acción desde un punto de vista ex ante aparece como un elemento del tipo, en atención a lo que el dolo deberá abarcar consecuentemente no sólo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también de su peligrosidad.

v) si bien gran parte de la doctrina entiende que el resultado ha de aparecer ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable (14), personalmente considero correcta la posición que exige que la creación del riesgo típicamente relevante ha de ser uno análogo al que existe en los delitos de resultado (15). Esto ya que condice plenamente con las exigencias del principio de ofensividad o lesividad recogido en el art. 10 ab initio de la Constitución Uruguaya (así como respecto del art. 12 de la Constitución Argentina).

d) echar mano de la teoría de los bienes jurídicos inmediata y mediatamente tutelados a los efectos de verificar la lesividad de la conducta concreta. Tal como hemos señalado anteriormente, cuando hablábamos del dogma de la sociedad de riesgo; una de sus características derivaba en la creación de bienes jurídicos supraindividuales que receptan situaciones jurídicas de intereses colectivos o difusos.

A su respecto, resulta imposible determinar lesión o puesta en concreto peligro alguno, y ello por parte de una conducta típica individual. Piénsese, si no, en lo que sucede con el bien jurídico Hacienda pública en los delitos tributarios: ¿cómo es posible sostener lesividad alguna a dicha función por parte de la conducta de un contribuyente que mediante defraudación tributaria, evita pagar sus impuestos?, ¿cómo se explicaría que esa conducta fuere capaz de limitar o cercenar las metas presupuestales determinadas por el gobierno nacional, provincial o departamental?

De allí que se halla buscado (nuevamente) solucionar dicho escollo de disfuncionalidad, mediante el trámite de echar mano a los delitos de peligro abstracto. Ahora bien; y tal como lo expresáramos en detalle en anterior oportunidad (16); tal recurso al tipo de delito de peligro abstracto no puede significar (bajo ningún concepto) inobservar al principio de ofensividad o lesividad expresado contundentemente en el art. 10 de la Constitución Uruguaya (como en el art. 12 de la C.N.A.) “*Las acciones privadas de los hombres que en nada afecten al orden público ni a terceros, estarán exentas de la jurisdicción de los magistrados*”.

De allí que sostuviéramos la aplicación a la subespecie, de la teoría de los bienes jurídicos espiritualizados (ROXIN) o institucionalizados (JAKOBS), que hallara su mayor delineación en la categoría de bienes jurídicos inmediata y mediatamente tutelados postulada por SCHÜNEMANN y KINDHÄUSER. Así, tenemos que:

- i) el bien jurídico mediatamente tutelado, es un bien jurídico colectivo o supraindividual que no es susceptible de lesión ni siquiera a título de peligro concreto por la ocurrencia de una conducta individual (típica). Por ende a su respecto, su tutela habrá de verificarse a título de peligro abstracto.
- ii) Para determinar la existencia de tal peligrosidad, habrá de determinarse a su respecto, cuál bien jurídico individual y determinable actúa a modo de representante (esto es: comparte su espíritu legis, o forma parte de la misma ratio institucional; pero a nivel particular). Así, v. gr., tenemos que, en el caso de los delitos tributarios, bien jurídico mediato será la Hacienda Pública o la función tributaria, mientras que bien jurídico inmediato (esto es: representante) será el Erario Público o el Patrimonio estatal.
- iii) La lesividad, necesaria a los efectos de cerrar el juicio de tipicidad conforme a la Constitución (para que la conducta pueda ser “objeto de la jurisdicción de los Magistrados” penales), habrá de verificarse respecto del bien jurídico inmediatamente tutelado. Así, se deberá determinar si la conducta defraudatoria o de evasión fiscal del contribuyente ha significado un daño o riesgo efectivo respecto del 100% de los ingresos brutos que debían de ingresar a las arcas del Estado. Como se puede apreciar, de este modo, se cumplimenta con los principios del Derecho penal liberal, ya que, al tratarse de un bien jurídico determinable, tanto su lesión como su puesta en riesgo concreto, puede ser objeto de una argumentación demostrativa, como de una contra-argumentación demostrativa. (17)
- iv) Ahora bien, la constatación de la efectiva lesividad (a título de daño o riesgo concreto) respecto del bien jurídico inmediatamente tutelado, habilitará sostener una mayor antijuridicidad material, fundada en la existencia de una peligrosidad estadística de lesión al bien jurídico mediatamente tutelado. Ello emerge de un cálculo meramente estadístico (de raigambre normativa) consistente en multiplicar esa conducta concreta por una variable x que representaría la cantidad de personas que, pudieren eventualmente, imitar tal conducta. Así, en el caso de la defraudación tributaria, tenemos que, la conducta típica (lesiva respecto del patrimonio estatal), de resultar imitada por un número amplio de contribuyentes, sí podría ser pasible de generar un desajuste a todo el sistema tributario (cosa que la conducta individual, per se stante, jamás podría siquiera poner en riesgo concreto).

Si bien, no dejamos de reconocer que esta construcción sigue adoleciendo de vicios que le hacen pasible de fuertes críticas (como ser, fundamentalmente, el fundar un aumento de la reprochabilidad del injusto por lo que pudieren hacer eventualmente terceras personas que no se hallan vinculadas a título de copartícipes ni de cómplices para con el autor de la conducta típica); lo cierto es que al menos busca la observancia debida del principio de ofensividad, así como amorigerar los efectos que, construcciones vagas, imprecisas e indeterminables de bienes jurídicos (que por otra parte carecen de historia en el análisis dogmático penal) indiscutiblemente generan.

e) el rechazo de todo tipo de régimen especial de la prueba del dolo o de la culpa respecto del tipo del delito de peligro abstracto. Esto, de alguna manera, emerge de todos los extremos que hemos venido señalando anteriormente. Prácticamente no se sostiene hoy día, a nivel doctrinario, la pertinencia de artículos como los n° 20 y 21 del Código Penal uruguayo, que, a la usanza del Código Rocco estipula un régimen probatorio especial para el dolo y la culpa en este tipo de delitos (haciendo uso de verdaderas presunciones de iure et de iure). Este tipo de prueba presuncional contra reo es absolutamente inconstitucional, no sólo por violentar al principio de ofensividad, sino, fundamentalmente, por resultar absolutamente incompatible para con el principio de culpabilidad, así como respecto de los principios intradogmáticos tanto de dignidad humana, como de bien común político. (18)

Hemos señalado, hasta aquí, los extremos dogmáticos que, atendiendo a los postulados del Derecho penal propio del Estado Constitucional de Derecho; pueden ayudar a limitar los efectos disfuncionales que, una estricta aplicación de la categoría de los delitos de peligro abstracto bajo el prisma del dogma del riesgo ha de causar. El criterio general de la doctrina pangermánica ha sido, conforme denunciara PRITTWITZ en la cita que le efectuáramos ut supra, el de ir generando verdaderas disfunciones sobre disfunciones dogmáticas al sólo efecto de salvaguardar las incongruencias que el dogma sociológico de la sociedad de riesgo genera en el marco de la dogmática penal conforme a las garantías del Derecho penal liberal clásico.

Por el contrario, el camino que se ha propuesto aquí, es el de recortar tales incongruencias respecto de la dogmática penal clásica y a la Constitución Nacional, ello en la medida de lo posible, y siempre que no se pueda, a nivel legislativo, proceder a desechar liminarmente tales estructuras deficientes.

De tal manera se pretende no sólo evitar el pronóstico negativo que ut supra recogiéramos de PRITTWITZ, sino también, a los efectos de evitar que en el “mientras tanto” se afecte a niveles intolerables las garantías que todo ciudadano ha de gozar en un Estado Constitucional de Derecho. El lograrlo será una empresa difícil y cuasi temeraria, más no por ello menos necesaria y justa.

CITAS. BIBLIOGRAFÍA.

- (1) Beck, Ulrich. “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, editorial Paidós-Surcos, Barcelona, 1° ed. 2006. Pág. 29.
- (2) Cfe. Donna, Edgardo. “La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto”. En: “Estudios penales en Homenaje a Enrique Gombernát Ordeig. Tomo I”, Edisofer, Madrid, 2008. Pág. 863.
- (3) Albrecht, Meter A. “El derecho en la intervención de la política populista”. En: “La insostenible situación del Derecho penal”, Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra e Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, editorial Comares, Málaga; 1° edición 1999. pág. 469.
- (4) Demetrio Crespo, Eduardo. “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal”. En Revista de Derecho penal, vol. I; editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005. Págs. 512 en adelante.
- (5) Silva Sánchez, Jesús María. “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.”, editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2° edición 2006. Pág. 11 en adelante.
- (6) Juarez Tavares, E. X. “La teoría del Injusto”, editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2010.
- (7) Prittwitz, Cornelius. “Sociedad de riesgo y Derecho penal.” En: “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo”; Colección estudios de ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha; Cuenca, 2003. Págs. 261 en adelante.
- (8) Mir Puig, Santiago. “Derecho penal. Parte general”; editorial B de F; Montevideo- Buenos Aires; 7° edición 2004. pág. 233.
- (9) Prittwitz, Cornelius. Op cit; pág. 263en adelante.

- (10) Mir Puig. Op cit. Pág. 234.
- (11) Martínez Buján-Pérez, Carlos. “Derecho penal económico y de la empresa”, Tirant lo blanch; Valencia; 2007. Pág. 210.
- (12) Martínez Buján- Pérez, Carlos. Op cit; pág. 212.
- (13) Wolter, J. “Objektive und personale Zurechnung von verhalten”, Berlín, 1981.
- (14) Silva Sánchez, Jesús María. “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código penal Español”. En: “Derecho de la circulación”, AAVV, Barcelona, 1993. Pág. 25 en adelante.
Alcácer Guirao, R. “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito”; editorial Atelier; Barcelona; 2003. Pág. 26.
- (15) Mendoza Buergo, A. “El derecho penal en la sociedad de riesgo”; editorial Marcial Pons, Madrid; 2001. Pág. 456 en adelante.
- (16) Barrera, Jorge y Pereira Garmendia, Mario. “La defraudación tributaria. Un análisis normativo y garantista del art. 110 del Código Tributario”; AMF, Montevideo; 2008.
- (17) Cumpliendo de tal modo con el carácter de garantía contra el avance indebido del Ius Puniendi, que le otorgamos (siguiendo a Juarez Tavares) al bien jurídico penalmente tutelado.
- (18) Así: Yacobucci, Jorge. “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Editorial Ábaco; Buenos Aires, 2002.