

LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

CARLOS A. CHIARA DÍAZ¹

Sumario

I. Introducción. II. Ubicación del sistema penal. III. Los tipos de peligros. IV. Los delitos de peligro abstracto. V. Los tipos penales de peligro en los delitos contra la Seguridad Pública. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Siempre se ha dicho y reconocido que las normas del derecho penal son la última razón del ordenamiento jurídico para prevenir y sancionar ciertos hechos de magnitud ofensiva para los bienes susceptibles de máxima protección.

Congruente con ello es el principio de presumir conocidas las normas y tipos penales en materia penal y la imposibilidad de alegar como excusable la ignorancia del derecho.

Sin embargo, es tanta la inflación de preceptos penales –denominada “*crisis de sobreproducción*” que provoca la pérdida de capacidad reguladora–, acompañada por la mala calidad del producto legislativo, derivado entre otros aspectos, del uso indiscriminado de las figuras de peligro abstracto, la extensión superlativa de los tipos penales, el empleo de los delitos de sospecha y la imprecisión y oscuridad de lo que se pretende regular, que todo ello se conjuga en lo que Ferrajoli denomina “*un ‘derecho penal máximo’ que crece fuera de cualquier diseño racional y, por tanto, en crisis con todos sus clásicos principios garantistas: el principio de taxatividad y determinación y con él la certeza de la ley penal y el nexo entre pena y delito; el principio de*

¹ Doctor en Ciencias Judiciales y Sociales. Vocal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Profesor titular por concurso de Derecho Público y Penal Económico en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Entre Ríos y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y en la Facultad de Derecho de Paraná (U.C.A.).

ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la centralidad del debate y el rol del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos, antes de que penalización preventiva; la posibilidad de conocer las leyes por parte de los ciudadanos y por ello su eficacia impeditiva; finalmente, la eficiencia de la máquina judicial, atascada por una infinidad de procesos de papel, inútiles y costosos, que tienen como único efecto ofuscar el límite entre lo lícito y lo ilícito, de sustraer tiempo y recursos a las investigaciones más importantes destinadas a menudo a la prescripción, de desacreditar, en fin, tanto al derecho como a la jurisdicción penal, de hecho retrotraídos a la incertidumbre y a la arbitrariedad que fueron propias del derecho jurisprudencial premoderno” (cfr. Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del C.P. de la Nación –presentación de Luigi Ferrajoli, págs. 12/13, edición Ediar, 2007).

II. Ubicación del sistema penal

Nuestro sistema penal se encuentra enmarcado en el sistema constitucional y de los derechos humanos consagrado dentro del bloque de constitucionalidad, al que debe obedecer, cumpliendo con la regla lógica de la compatibilidad legal de todo sistema de normas. Se nutre además en los requerimientos sociales donde toma los elementos que le permiten construir sus conceptos sin caer en las falacias de ficción o de ocultación de los datos de la realidad.² Dentro de ese contexto institucional conocido como Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal, es la Carta Magna de los delincuentes por ser el instrumento de contención del poder punitivo y centrarse en tres principios fundamentales consagrados por ese bloque: el de tipicidad, de culpabilidad y de lesividad de los bienes jurídicos institucionales.

El principio de lesividad consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, en sentido estricto o como peligro concreto.

La teoría del “bien jurídico” general protegido tiene al Ministerio Público Fiscal como su agente protector ante la mera posibilidad de su violación, mientras que la afectación del bien jurídico del ofendido particularmente justifica la presencia de este último como querellante autónomo o adhesivo de la actividad de dicho actor penal público.

² ZAFFARONI, Raúl – ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 94.

El aumento de la criminalidad y de la propia violencia en la sociedad, ha llevado a ciertos sectores a querer utilizar esos instrumentos en la legislación penal, sin reparar seriamente en su constitucionalidad, creyendo que en sus respuestas con el ejercicio de poder punitivo la sociedad encontraría la solución que ninguna de las demás instituciones políticas y sociales han sido capaces de esbozar. Recuérdese que el Derecho Penal tiene el carácter de ser la última ratio, y que es probablemente el postrer esfuerzo del Estado por contener una determinada situación, aunque debe ajustarse en tal cometido a los principios del Derecho Penal liberal y respetar el esquema constitucional de garantías.

III. Los tipos de peligro

Uno de los modos de extender la pretensión punitiva que se han ensayado en la legislación penal es la reproducción de la categoría del “tipo de peligro”, que no es ni más ni menos que un adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a esa lesión constitucionalmente requerida, excediéndose dogmáticamente el programa constitucional bajo concepciones de defensa social y con miras a alcanzar la seguridad a cualquier costo.

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

A los efectos prácticos y basándonos en Soler³, diremos que “peligro” es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso, denominándose “peligro abstracto” al peligro que la ley considera como presupuesto esa parte suficiente si necesariamente deriva de ciertas situaciones y acciones y, sobre todo, del empleo de determinados medios. Para formular una incriminación de ese tipo, se basan en reglas que se estiman constantes por la experiencia. En ese orden, con las figuras de peligro abstracto el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos. No interesa para punir si hay o no resultados lesivos para el bien jurídico. Y aquí es donde se colisionan con el principio de lesividad.

³ SOLER, Sebastián, “Derecho Penal”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1986, Tomo IV, p. 562

IV. Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto son diferentes a los delitos de peligro concreto, los cuales requieren que en el caso se haya producido un peligro o consecuencia real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Por lo tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar debe crearse un concreto “peligro de resultado” en el sentido de producir un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación, tiene que comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior. Si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de concreción, ese peligro debe concluir en una situación que suponga un “resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, incluya todas las circunstancias conocidas *ex post*.⁴

La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto no es muy clara, y ofrece alternativas que hacen dudar de la exhaustividad del tipo. Sin embargo, Roxin extrae dos presupuestos generalmente reconocidos: en primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción inculpada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.

Ahora bien, Roxin también precisa que *los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo*.⁵

En este punto, el autor alemán distingue entre categorías de tipos penales abstractos: a) Los clásicos delitos de peligro abstracto, donde los autores que los propugnan (Brehm, Horn, Kindhauser) pretenden proteger la vida e integridad de la persona puesta en peligro abstractamente, ya que los tipos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar “seguridad”. Y seguridad es el “estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente”, mientras que la lesión del bien jurídico no es “punto de referencia” ni para el reproche de injusto ni para el de

⁴ ROXIN, Claus, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Thompson – Civitas, Madrid, 1999, p. 404.

⁵ ROXIN, Ob. Cit., p. 406.

culpabilidad; b) Acciones masivas, comunes en lo relativo a la seguridad vial, donde se afirma la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.e. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro, evidenciando razones de prevención general positiva; c) Delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado”, que Roxin relaciona con figuras determinadas, como el cohecho y el falso testimonio, donde la confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo y el hallazgo judicial de la verdad no precisan en el caso concreto que sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos; y d) Delitos de aptitud abstracta, una categoría que Roxin atribuye a Schröder, donde deben darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, y que han de ser determinados mediante interpretación judicial.⁶

El propio Jakobs consideraba que en gran parte no son legitimables en un Estado liberal las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y especialmente habla de los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo está justificado si “la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente”, pero en cambio no cuando una conducta “sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido”.⁷

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

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

Se le debe exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor exhaustividad posible a su obra, ya que el principio cardinal del Estado de Derecho republicano de gobierno exige que el legislador “deba ser racional” y por ello cabe exigirle esa máxima racionalidad. Entonces, no es suficiente con una descripción somera en una ley, sino que la misma debe concretarse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.

⁶ ROXIN, Ob. Cit., p. 411.

⁷ JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1985, p. 527.

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

Durante años se ha intentado darle validez a los delitos de peligro abstracto creando bienes jurídicos artificiales, que a todas luces son excesivamente amplios, genéricos e inasibles (tales como la paz pública, la seguridad pública, la seguridad vial, etc.). Así, el legislador, lejos de realizar la seguridad jurídica, entendida como la protección cierta de bienes de las personas, evidencia fallas en ese “dique de contención” que es el Derecho Penal, abriendo cauce a la irracionalidad del poder punitivo y llevándonos a preguntar qué tipo de Estado tenemos en la realidad y cuál es el que queremos para vivir en paz y sin sobresaltos e incertidumbres.

Pretender prevenir el peligro antes que se produzca la lesión efectiva es algo similar a tipificar la tentativa en forma autónoma o el acto preparatorio y/o incluso el pensamiento, los cuales han sido superados en el Estado liberal.

Precisamente se llega a pervertir con ello el concepto del “interés difuso” y el de “peligro común”.

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

Nuestro Código Penal utiliza lamentablemente varias figuras de ese tenor, en particular los delitos de peligro abstracto. Debemos recordar que muchas veces el legislador recurre a la ley penal para intentar cubrir las falencias y desaciertos de otras instituciones, quizás más abarcativas, más específicas en la problemática y no tan estigmatizantes como el propio derecho penal, pero ineficaces en resultado.

Durante el siglo XX y el corriente siglo XXI la tendencia no parece decrecer, ya que han surgido ciertos bienes jurídicos difusos y conceptualmente equívocos, muchos de los cuales permiten la existencia de tipos penales “de peligro”. La seguridad pública, por ejemplo, es uno de ellos.

Sabemos que la seguridad pública se encuentra receptada en cuanto bien jurídicamente protegido en el Título VII del Libro II del Código Penal. Este título se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos contiene los delitos de incendio y otros estragos (artículos 186 a 189 bis); el segundo se refiere a

los llamados delitos contra la seguridad del tránsito vial y de los medios de transporte y de comunicación (arts. 190 a 197); el tercer capítulo comprende los delitos de piratería (arts. 198 a 199); y el último está destinado a los delitos contra la salud pública (arts. 200 a 208).

En la perspectiva del Título, seguridad no importa tanto la ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de riesgos y de los actos que los acrecientan o los posibilitan que, por eso, se busca evitar. Cuando el legislador habla de “seguridad” se está refiriendo a los peligros que producen ciertas acciones para los bienes en común, pero teniendo en cuenta que se trata de la seguridad pública. El adjetivo público está empleado en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad.⁸

El Decreto-Ley N° 17.567/68, una de las reformas penales más importantes producidas en nuestro país durante el gobierno de facto de Onganía, pomposamente denominado de la Revolución Argentina, modificó la denominación del título por el de “seguridad común”. Según afirmara Soler, principal gestor de dicho cambio y de dicha reforma a pesar de su declamada ideología liberal, el espíritu de la norma traducía la creación de un peligro común para los bienes o las personas. Así, afirmó que ése peligro común motiva la protección de la “necesidad común”, en tanto conjunto de cosas y personas indeterminadas, destacando la correspondencia entre peligro y seguridad. Soler se basaba asimismo en la opinión del positivista Peco, quien en su proyecto de Código Penal de 1942 remarcaba la idea de agrupar bajo el título seguridad pública los más dispares delitos, pues en cualquier delito se engendra el temor de que éste pueda repetirse contra alguien y de allí proviene la seguridad que estatuye la ley penal mediante la correspondiente prohibición concreta, a través de la imposición de una pena.⁹

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

Adentrándonos en las figuras del Título, vemos que el art. 186 (“El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1° Con reclusión o

⁸ DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal, Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, T. II-C, p. 12.

⁹ SOLER, *Ibíd.*

prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes”) castiga a quien hace “peligrar” a bienes y/o personas mediante la causación de un incendio, una explosión o una inundación. Así, el tipo penal gira en torno al concepto de incendio en cuanto peligro, poniéndose incluso aun cuando la cosa estaba destinada a arder (p. ej. echar combustible a un fogón), si como consecuencia de ello se derivara un peligro común.¹⁰

La propia jurisprudencia lo toma como una figura de peligro, diciendo que *“Con relación al Art. 186 del C.P., ... la figura penal no puede descuidar el elemento del peligro, de manera que, de acuerdo con una designación corriente en la doctrina alemana, podemos partir de la base siguiente: incendio es ‘fuego peligroso’. Esta noción corresponde plenamente a la doble concurrencia de una determinada fuerza (la del fuego) y de la real existencia de peligro. El incendio sin peligro común para los bienes no es incendio, sino daño, cuando recae sobre bienes ajenos... la primera diferencia está determinada por las diversas maneras de concebir los delitos de peligro común. En efecto, si al fuego se le acuerda el carácter de un medio en sí mismo calificado como presuntamente peligroso, es claro que el solo hecho de excitar fuego constituirá incendio. Para consumir el delito, bastará la acción de ‘comunicar’ fuego (prender fuego)”*.¹¹ Piénsese entonces en el término “el solo hecho de...”, como constitutivo de una figura de peligro.

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

¹⁰ En el medio del análisis de estas figuras, se inserta el recuerdo colectivo de lo ocurrido en el boliche “Kheyvis”, de Olivos, Argentina, el 20 de diciembre de 1991, donde fallecieron 17 adolescentes; el ocurrido en el boliche “Utopía”, de Lima, el 20 de julio de 2002, donde fallecieron 29 adolescentes; el ocurrido en la galería “Mesa Redonda”, de Lima, el 29 de diciembre de 2001, donde fallecieron 291 personas, el ocurrido en el Supermercado “Ycuá Bolaños”, en Asunción, Paraguay, el 1 de agosto de 2004, donde fallecieron 396 personas, en la mayor de las catástrofes enunciadas y el ocurrido en el local “República Cromañón”, el 30 de diciembre de 2004, donde fallecieron 198 personas

¹¹ CNCRIMN Y CORREC, Sala IV – 19/02/2003 – Causa 20.380 – ROSSI, Diego.

nos parece que la racionalidad y la sistemática de la buena legislación penal hayan primado aquí.

Analizando lo que ocurre con el art. 189 bis, inc. 1º, tercer párrafo, y con el Inc.2º, vemos que la cuestión no mejora mucho. Allí, la acción típica, en ambos casos, es tener el objeto (material peligroso o arma de uso civil) sin poder justificar la debida autorización. Quien otorga la autorización es el Estado y en caso de no contarse con el respectivo certificado de tenencia, se estará ante la conducta típica prevista. Por otra parte, de estar bien cumplida la cadena de cuidados para ese tipo de material, dicha conducta no podría ocurrir muy a menudo, ya que el Estado debe controlar previamente la fabricación, distribución y provisión de armas y materiales, y el hecho que un particular o alguien no autorizado lo tenga, salvo que haya habido un delito previo de robo o hurto, recae básicamente como responsabilidad del Estado.

Este trabajo sólo intenta ser demostrativo, pero los mismos parámetros se descubren en los casos de suministro, entrega indebida de arma de fuego, fabricación habitual e ilegal de armas y explosivos. Ni que hablar en los supuestos de portación y de alteración de la numeración en los casos de armas de uso civil, que anteriormente eran infracciones administrativas.

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

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

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

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

En efecto, el art. 190 establece *“Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión. Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común”*.

Nuevamente, vemos un tipo penal donde se intenta proteger un bien jurídico inasible, a través de la peligrosidad que pudiera alcanzar o conllevar la acción del agente. Creus, para intentar morigerar los resultados, en las últimas versiones de su “parte especial” afirmaba que estábamos ante tipos penales de “peligro concreto”, ya que el bien jurídico debe haber corrido efectivamente un peligro, que debía ser conocido y deseado por el autor a título de dolo.¹² Aún así, el error subsiste. Esto es, no castigar una acción por el daño causado por ésta, único presupuesto constitucionalmente válido para soportar la aplicación de poder punitivo, sino por la eventualidad de su producción.

Supuestos similares ocurren con el atentado ferroviario (art.191), contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril (art. 192) y los atentados dirigidos a trenes o tranvías (art. 193). En el supuesto del atentado ferroviario incluso, para Creus se trata de un delito de peligro abstracto, ya que sólo tiene en cuenta el acto de interrumpir el funcionamiento, sin exigir otras consideraciones.¹³

¹² CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, T. II p. 36.

¹³ CREUS, Ob. Cit., p. 44.

Molinario refiere estar ante un delito de peligro remoto¹⁴ y Donna opina que se trata de una acción peligrosa concreta.¹⁵

Es destacable la postura de Donna, quien intenta una original salida al problema de la legislación de los delitos de peligro para evitar el choque constitucional. Toma al efecto una posición del jurista alemán Hans Joachim Hirsch, quien señala que “el peligro es un juicio, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva, es decir, se trata de un juicio *ex ante*, realizado por una persona normal, colocada en la posición del autor, cuando se dé el comienzo de la acción, y “teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber oncológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa. Pero en este caso, como se puede observar, el peligro es una cualidad inherente a la acción del autor, de allí que pueda hablarse de una acción peligrosa”.¹⁶

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

Como se ha sostenido, el Derecho Penal debe estar inserto y tomar siempre en cuenta al mundo que lo rodea, dentro de la realidad política y social que lo circunda y que le da un norte predogmático. En el año 2008 murieron 8205 personas por accidentes de tránsito, a razón de 22 personas por día y 683 por mes¹⁷ y aun están frescos en la memoria colectiva los casos de Sebastián

¹⁴ MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, “Los Delitos”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1999, T. III, p. 86.

¹⁵ DONNA, Ob. Cit., p. 158.

¹⁶ DONNA, Ob. Cit., p. 20.

¹⁷ Cifras obtenidas del sitio Web de la Asociación Civil “Luchemos por la vida”, www.luchemos.org.ar.

Cabello, Celia y Vanina. Es claro en ese contexto el objetivo que ha tenido el legislador, quien incluso agregó el bien jurídico “seguridad del tránsito” a este Título, mediante la Ley señalada. Algo debe hacerse con la seguridad vial. ¿Pero era necesario recurrir a figuras de peligro para apuntalarla? ¿Es la única herramienta efectiva que surge? ¿No existe otra posibilidad que amenazar con una pena de prisión de seis meses a tres años? Preferimos en vez de eso propuestas y soluciones integradoras y coordinadas, no únicamente las punitivas, máxime si se recurre a figuras que contradicen los principios básicos del Derecho Constitucional y del Derecho Penal.

El entorpecimiento de las comunicaciones se encuentra inserto en el Art. 194. Más allá de ciertas observaciones que puedan hacerse respecto de la criminalización de la protesta, lo cierto es que se presenta como una figura de peligro, pero que a su vez requiere que “no exista un peligro común”, pues de ser así se entraría en otro tipo de figura típica. Esa norma no abarca las nuevas formas de comunicación, evidenciando, además, una cierta vetustez en la redacción, demostrativa de la mala calidad de nuestras leyes que, junto con su gran cantidad, han terminado con la pérdida de la capacidad reguladora del Derecho Penal, que al decir de Ferrajoli desnuda *“sintéticamente la causa de estos efectos destructivos en la tendencia a tornar vacuo el principio de estricta legalidad, que es la garantía fundamental del Derecho penal y del cual, por la inflación legislativa, resultan comprometidas todas las funciones políticas a él confiadas por el estado de derecho: no sólo la certeza del derecho, que es garantía de igualdad frente a la ley, de conocimiento y de credibilidad del sistema penal y de libertad frente a la arbitrariedad, sino también de sujeción del juez a la ley, que es el fundamento de la independencia de la magistratura y, consecuentemente, de la primacía de la legislación y, por ello, de la política como expresión indirecta de la soberanía popular en la determinación de los bienes merecedores de tutela penal en la exacta configuración de sus lesiones como delitos”* (cfr. *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del C.P. de la Nación – presentación de Luigi Ferrajoli, pág. 13, edición Ediar, 2007*).–

En el Capítulo IV tenemos a los delitos contra la salud pública. Al dictarse la Ley 26.524, publicada el 5 de noviembre de 2009, se dijo que: *“La sanción de la presente permitirá satisfacer, a través de nuevas normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación. Ello, con la finalidad de definir como nuevos tipos penales a determinadas conductas disvaliosas que en la actualidad*

vienen consternando a la opinión pública y se han manifestado con un grado de peligrosidad y reiteración que no permiten que se las continúe ignorando como tales en materia penal, requiriendo de una urgente solución legal”.

El bien jurídico entonces, surge cada vez más amplio. Aquí se protege a la salud pública, concepto inasible, y al medio ambiente, del eventual “peligro” que pudieran llegar a correr. El propio legislador señala que se punen “acciones peligrosas”, en lugar de acciones lesivas.

De hecho, el primer párrafo del art. 200 está en la misma sintonía cuando establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”.

¿Quién denota el “modo peligroso”? Indudablemente, se ha tratado de proteger al individuo antes que éste se envenene o se perjudique con la ingesta de las sustancias dañinas, pero con ello se pasa por alto el principio constitucional de estricta legalidad, en tanto se tipifican acciones que no son lesivas en forma concreta y se adelanta el momento punitivo, aplicándose claramente a etapas del *iter criminis* que no pueden por principio o regla básica ser alcanzadas por el poder punitivo, pues ni siquiera están en la etapa de ejecución de la lesión.

Por eso la Cámara Nacional de Casación ha querido deslindar las aguas, sosteniendo que: *“la salud no tiene en la norma en estudio el alcance restringido que se le debe atribuir por ejemplo en el art. 89 del C.P. –grado de equilibrio orgánico, en ese caso, del que goza la víctima– sino que comprende el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. El envenenamiento, la contaminación o la adulteración se realizan de un modo peligroso para la salud así entendida no sólo si pueden producir, agravar o prolongar enfermedades, sino también si pueden causar otros deterioros corporales o fisiológicos incluidos los que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos aunque más no sea temporalmente (ej. estados de cansancio o nauseosos). Asimismo se trata de un delito de peligro abstracto derivado del grado del envenenamiento, contaminación o adulteración. Por consiguiente su consumación es instantánea aunque de efectos permanentes, no demanda daño efectivo para la salud general ni un peligro concreto de que éste se produzca y ni siquiera requiere que en la situación concreta personas determinadas o alguna persona hayan usado el agua o consumido las sustancias alimenticias o medicinales. Por lo demás una acción puede no constituir envenenamiento pero sí adulteración. El con-*

*cepto de adulteración que interesa a este artículo es la adulteración peligrosa para la salud. A los fines del art. 200 es adulteración toda alteración –sea total o parcial– de la sustancia de un cosa que, sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndola peligrosa para la vida o la salud de las personas. Así algo “peligroso para la salud” es algo que conlleva riesgo o puede ocasionar daño, entendiéndose por tal, un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Como bien lo señala el a quo quien frente a una situación de dolor, probablemente derivada de alguna patología, ingiera un medicamento espasmolítico adulterado –aunque con sustancia neutra– no va a obtener un alivio en su malestar, por el contrario, éste habrá de prolongarse generando así esa posibilidad de daño a la que alude la norma cuya aplicación se cuestiona”.*¹⁸

Todos recordamos en ese orden de análisis los casos del Yectafer, de los vinos “Soy Cuyano” y “Mansero” y de los propóleos de los laboratorios Huilén.

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

Siguiendo lo expuesto hasta aquí, para Donna es un delito de conducta peligrosa concreta, en el sentido de que, si bien no es necesario que alguna persona se contagie, sí lo es que se propague la enfermedad como tal, con riesgo para la generalidad de las personas.¹⁹

En definitiva, seguiremos inmersos en delitos de peligro abstracto en tanto el tipo no requiera ningún daño o lesión cierta para configurarse, sino una mera posibilidad de contagio. Para mejor situarnos, se recuerda que ese artículo 202 se basa en el art. 18 de la Ley N° 12.331, sancionada el 11 de enero de 1937, durante el gobierno de Agustín P. Justo y que increíblemente continúa vigente a la fecha a pesar de su orientación ideológica y de sus deficiencias.

VI. Conclusiones

- Se ha querido poner de resalto por estimarlos contradictorios con el esquema de Política Criminal derivado de la Carta Magna a ciertos tipos de

¹⁸ CNCP, Sala II – 12/11/2003 – Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/recurso de casación.

¹⁹ DONNA, Ob. Cit., p. 226.

peligro abstracto en nuestro ordenamiento positivo, haciendo hincapié en lo que acontece en los llamados delitos contra la seguridad pública, dando cuenta que este fenómeno es lamentablemente común, y no es novedoso, ya que la mayoría de las figuras señaladas provienen del siglo XIX. Además, se advierte que el legislador persiste en esta práctica errónea para afrontar por reformas situaciones de coyuntura.

- Si bien es loable intentar proteger a la comunidad y sus bienes más importantes, los instrumentos normativos deben ajustarse para ser legítimos al marco constitucional en el que se inserta nuestro sistema penal, sobre todo a los principios de estricta legalidad, máxima taxatividad, lesividad y razonabilidad, priorizándolos a la hora de legislar por sobre el afán de exhibir efectividad y preocupación a la sociedad. En ese sentido las figuras de peligro abstracto, con la mera posibilidad de riesgo a un bien jurídico difuso, chocan con esos principios y pervierten el sistema punitivo en desmedro de esas garantías básicas para la procedencia del enjuiciamiento penal de las conductas.
- La mayor seguridad para los ciudadanos es que el legislador no extienda la protección a las etapas preparatorias de conductas que todavía no han causado lesiones a los bienes jurídicos tutelados, porque a través de ello se incrementa irracionalmente el punitivismo y se hacen trizas los derechos y garantías del debido proceso según Constitución.–
- Aunque la sociedad afronte riesgos y peligros nuevos, los mismos no deben ser conjurados con la solución penal, sino a través de genuinas políticas de Estado que los prevengan y sirvan para integrar a los sectores sociales, sin arrojarlos y/o mantenerlos en la exclusión.
- Es función esencial de los jueces y fiscales analizar y decidir en cada caso la inconstitucionalidad de los tipos de peligro abstracto y los procedimientos penales consecuentes que no se ajusten al esquema de la Constitución y de los Tratados Internacionales, en preservación de los derechos y garantías de las personas.