

EL CONTENIDO MATERIAL DE LA TIPICIDAD EN LOS DELITOS DE PELIGRO. ANÁLISIS DEL FALLO F.A.C. S/ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL. TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MAR DEL PLATA.

Por Ximena Torterolo, Sandra Simón y Dolores Gervasio* .

Sumario: I) Introducción y objetivos. II) Aspectos sustanciales del fallo. Análisis dogmático en relación a los delitos de peligro. III) Conclusión y propuestas.

I) Introducción y objetivos.

El fallo que analizaremos¹, dictado con fecha 11 de septiembre de 2.000 por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, ha sido calificado por Marcelo A. Colombo como “*Un valioso intento de jaque mate a la tenencia de estupefacientes para consumo personal*”². Un título por demás adecuado, al que debemos agregar, desde la misma teoría del delito, que no ha constituido sólo un intento, sino que ha consumado un contundente jaque mate al *factum* resuelto.

El desarrollo de los votos de los jueces Mario Portela y Roberto Falcone, a los que adhirió el juez Néstor Parra, permite destacar algunas cuestiones absolutamente novedosas en la jurisprudencia nacional en relación a los delitos de tenencia de estupefacientes, de las que derivaremos hacia un estudio de los delitos de peligro. Entendemos también que este resolutorio se encuentra por demás inmerso en los postulados de un derecho penal democrático y liberal y atado a los principios supremos de nuestra Constitución Nacional.

Esas razones nos han impulsado a formular las notas que siguen.

Vale aclarar que realizaremos, ahora sí como un mero intento del que esperamos su aceptada consumación, algunas consideraciones en torno a los delitos de peligro que se desprenden exclusivamente del tratamiento expuesto en el fallo.

Una correcta sistematización impone discriminar correctamente las cuestiones que a nuestro juicio merecen un tratamiento particular, pues de no ser así, y por su propia corrección, el fallo debería analizarse en su totalidad.

* Especial agradecimiento por su permanente colaboración al **DR. JUAN FACUNDO GÓMEZ URSO**, coordinador (junto al DR. GABRIEL BOMBINI) del taller “ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA TEORÍA DEL DELITO A PARTIR DEL ESTUDIO DE CASOS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA” del INECIP (INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES).

¹ La Ley, tomo 2.001-C, pág. 68 y ss.

² Nota a fallo en el tomo de La Ley citado.

Como paso posterior procuraremos un análisis complementario de cada una de ellas y sobre el final referiremos nuestra posición personal.

Cabe concluir este apartado señalando que el hecho juzgado trataba sobre la tenencia por parte de F.A.C., mayor de edad y adicto confeso, de 1,77 gramos de marihuana en su domicilio particular, quien fuera sobreseído definitivamente por considerarse atípica su conducta.

II) Aspectos sustanciales del fallo. Análisis dogmático en relación a los delitos de peligro.

II) 1. Contenido material de los tipos penales y bien jurídico.

Iniciando sus considerandos, destaca el juez Portela que *“...la aplicación de la ley penal en un estado constitucional de derecho impone indagar materialmente el contenido de los tipos penales para determinar cuál es el bien jurídico protegido. Así se legitima su validez, en la terminología de Ferrajoli, y, en el caso concreto, también si el hecho a subsumir lesiona o, al menos, pone en riesgo el bien jurídico protegido...”*.

II) 1. a. Dañosidad de la conducta típica y paz social.

Esta primera reflexión, compartida en su ideología por el Dr. Falcone, parece sostener el andamiaje que estructura la sentencia en cuestión. Así, el moderno derecho penal se legitima en tanto intervenga para reprimir sólo aquellos comportamientos que realmente enturbien las condiciones de una ***pacífica coexistencia en libertad*** y que se adviertan como generadores de ***dañosidad social***, lo que implica ***un ataque a bienes jurídicos especialmente significativos***³.

La referida ***dañosidad social*** es un elemento indispensable, por un lado, para que la sociedad acepte y apruebe la incriminación de toda conducta que lesione un bien jurídico, y, por otro, para que la persona imputada pueda encaminarse hacia su recuperación social, toda vez que podrá advertir claramente la antisocialidad de su comportamiento. No verificar en cada caso si la acción es realmente perjudicial o peligrosa hace que el respeto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasivo de la pena. Cuando los ciudadanos advierten que se penan acciones que son inocuas o hasta beneficiosas por el mero hecho de que violan “la letra de la ley”, se oscurece su propia percepción de las razones que inspiraron la sanción de la ley para apartarse de cierto curso de acción⁴, por lo que, en definitiva, no podrán discriminar las conductas dañosas de las que no lo son, ya que, desde su óptica lega, entenderán que la ley penal “todo lo castiga, los actos que dañan (perceptibles por sus sentidos) y también los que no dañan (aquellos que sólo importan desobediencia a la norma y que no son evidentes o

³ **MOCCIA SERGIO**, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, en Política criminal y nuevo derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1.997, p. 113.

⁴ **NINO CARLOS SANTIAGO**, Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires, 1.980, p. 310.

palpables por sus sentidos)”. **La materialización del comportamiento dañoso en un caso concreto es necesaria para la efectividad de la función preventiva de la pena**⁵.

Concuerda Roxin con esta dialéctica entre dañosidad y paz social cuando afirma que una conducta sólo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una **vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada**. El moderno derecho penal no se vincula hoy a la inmoralidad de la conducta, sino a su **dañosidad social**, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común. De ello se sigue, a la inversa, que una conducta inmoral ha de permanecer impune cuando no altera la pacífica convivencia. Con la limitación al derecho penal a prohibir sólo conductas socialmente dañosas o, dicho de otra manera, a la **protección de bienes jurídicos**, queda explicado tan sólo uno de los dos presupuestos para habilitar el ejercicio del poder punitivo del Estado. El segundo, luego de la dañosidad de la conducta, depende de que no existan otros medios menos gravosos para hacerle frente⁶.

II) 1. b. Bien jurídico. Génesis. Concepto. Funciones.

Fue Franz von Liszt quien señaló que todo interés respecto de un bien proviene de la vida, no del orden jurídico, de la vida individual y de la social, y que *todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad*⁷.

Los bienes jurídicos son creados por la Constitución, por el derecho internacional y por el resto de la legislación, en esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados. La legislación penal no crea bienes jurídicos, sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo, pero no le brinda tutela por esa circunstancia, ya que su naturaleza es fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico *ya tutelado* y la norma que se deduce del tipo asigna un castigo a ciertas formas particulares y aisladas de lesión.

De lo expuesto, principalmente del contenido del injusto como un hecho socialmente dañoso, corresponde definir al bien jurídico como “la relación de disponibilidad (sin interferencias ilegítimas de terceros, entre ellos, y principalmente, el Estado) que hace a su autorrealización en sociedad, lo que determina su referencia a un interés social auténtico y preponderante, todo ello en un marco delimitado por la paz social, constatable a través de un juicio de valor, histórica y geográficamente condicionado y, por lo tanto, relativo”⁸. No hay duda de que todo bien jurídico requiere estar dotado de un cierto valor de socialidad para justificar cualquier decisión político-

⁵ NINO, op. cit. p. 340.

⁶ ROXIN CLAUS, Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal, Barcelona, 1.989, pp. 21/3.

⁷ VON LISZT FRANZ, Tratado de derecho penal, traducido por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1.919, tomo II, p. 6. El título del capítulo II (primero de este segundo tomo) es por demás claro respecto al punto que tratamos: “**La significación antisocial del crimen y la función social de la pena**”.

⁸ FERNÁNDEZ GONZALO, Bien jurídico y sistema del delito, en Teorías actuales en el derecho penal, Buenos Aires, 1.998, p. 426, citando a Baigún-Tozzini, La falsedad documental en la jurisprudencia (Bs. As. 1.992).

criminal. Además, aquellas relaciones de disponibilidad que permiten y gradúan las posibilidades de participación social se resumen en el **plexo de los derechos humanos**, en particular, en el derecho a la **autorrealización integral del hombre en sociedad**, al que subyace aquella posibilidad de disponer de ciertos entes, en definitiva, de bienes jurídicos que le permiten relacionarse en sociedad y desarrollarse plenamente como ser humano.

Papel importante en todo lo expuesto corresponde a la sociedad como titular del poder público en un sistema democrático. De allí que sea ella, a través de las distintas organizaciones electivas, quien determine, en un contexto temporal y espacial histórico y determinado, cuáles son los intereses o bienes que requieren tutela penal. Esa intervención de la sociedad hace que sólo aquellos aspectos que hagan al desarrollo de cada uno de sus integrantes de manera digna y humana y cuya afectación, consecuentemente, rompa con la paz social y sea fácilmente comprobable por ellos, hará, por un lado, que definan qué es un bien jurídico y, por el otro, que acepten sin reparos la sanción de toda conducta que lo lesione. A su vez el castigado y la sociedad comprenderán y verificarán claramente cuál es la conducta que se incrimina, promoviendo así el carácter preventivo general de la sanción penal.

De la anteriormente referida dañosidad social y del carácter liberal del bien jurídico se desprende la función principal que se le atribuye en la actualidad: **limitar la intervención estatal** o, en palabras de Zaffaroni, **reducir poder punitivo**⁹. Sea en el momento legislativo, mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sea en el momento judicial, mediante el principio de lesividad (C.N. 19), el ámbito de intervención penal del Estado debe restringirse a **una franja de situaciones de alta e intolerable dañosidad social que, por la entidad objetiva de la conducta y la importancia de los bienes involucrados, reclama la intervención subsidiaria del control penal**¹⁰.

El derecho penal sirve subsidiaria y fragmentariamente a la protección de bienes jurídicos y su existencia se justifica, axiológica y constitucionalmente, cuando la convivencia pacífica de los ciudadanos sólo puede garantizarse recurriendo a la sanción penal de la conducta socialmente dañosa, que lesiona o pone en peligro significativo aquellos bienes jurídicos¹¹.

Deben distinguirse claramente las situaciones que pueden dar lugar a la tutela penal (verdaderos bienes jurídicos como la vida, el patrimonio, la integridad sexual, etc. que hacen al pleno y digno desarrollo del ser humano en sociedad) de las meras finalidades del soberano (funciones de organización estatal que operan como excusas irracionales para la intervención punitiva y que derivan en una legislación penal que recae sobre conductas socialmente inocuas y sobre sujetos

⁹ ZAFFARONI, D.P.P.G., *passim*.

¹⁰ FERNÁNDEZ, artículo citado, p. 418.

especialmente elegidos, estereotipos como el drogadependiente que remiten a un aparentemente superado derecho penal de autor o, peor aún, “*contra enemigos*”). **Las meras finalidades no son bienes jurídicos en sentido tradicional, sino objetivos de organización política, social o económica que generan un derecho penal que no protege víctimas sino funciones, con el riesgo de transformar el injusto penal en un ilícito de mera transgresión**¹².

Aquella y no otra es la función fundamental del bien jurídico, **RECORTAR MATERIALMENTE EL ALCANCE DE LOS TIPOS LEGALES A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD PARA DELIMITAR Y REDUCIR LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.**

II) 1. c. Bien jurídico y delitos de peligro. Contenido material de la tipicidad.

En los delitos de peligro, principalmente abstracto, el concepto de bien jurídico ha sufrido una crisis que torna oscura la recién mencionada función delimitadora o reductora, ya que no se lo define a partir del individuo considerado como persona a la que debe respetarse por encima de cualquier interés colectivo o función del sistema, sino por el contrario, se da prioridad a una tutela fuertemente anticipada que se materializa en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión. De este modo decae por completo el cometido acotante del bien jurídico, desde el momento en que la tipificación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de **remotos bienes jurídicos. El ordenamiento acaba configurando sólo disciplina en los ciudadanos a través de una detallada reglamentación a cuyo servicio ofrece la sanción penal (legislación penal sin lagunas), renunciando a la represión de conductas que lesionan bienes jurídicos, o sea hechos socialmente dañosos, y castigando la mera inobservancia de normas organizativas**¹³.

Lamentables experiencias al respecto nos muestran la codificación fascista italiana de 1.930 y el autoritarismo de la codificación penal alemana en épocas del nacionalsocialismo (la Escuela de Kiel cuyo único bien jurídico era “el sano sentimiento del pueblo alemán”).

Carlos Nino descarta todo castigo estatal basado en valoraciones exclusivamente éticas, destacando que el principio liberal proclama la ilegitimidad de leyes penales que se dirigen meramente a prevenir el **daño de la autodegradación moral del agente**, y exige consecuentemente que dichas leyes estén sólo destinadas a prevenir los actos que lesionen bienes, intereses o derechos de otras personas distintas de sus agentes (salvo en los casos en que se pueda defender la

¹¹ ARCE VÍQUEZ JORGE LUIS Y CHIRINO SÁNCHEZ ALFREDO, Los problemas de la política criminal del peligro, en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1.999/A, p. 48.

¹² MOCCIA SERGIO, op. cit. p. 118, citando a Hassemer, Mazzacuva, Padovani, Zielinski, Jakobs, Nestler y otros.

¹³ MOCCIA SERGIO, op. cit. p. 115.

legitimidad de medidas paternalistas)¹⁴. No hay razones válidas para presumir que la **prevención** de una clase específica de actos se logrará mejor si se reprime una clase más amplia de actos entre los que puede haber algunos que sean inocuos. La única posibilidad de castigar actos inocuos está dada por aquella clase de **conductas que facilitan de alguna manera la realización de ulteriores actos dañinos, por lo que dejan de ser inocuas y se convierten en peligrosas**. Sin embargo la inofensividad de una conducta, en aquella teoría, es ubicada en la categoría analítica de la antijuridicidad. Expone el autor que la inocuidad de la acción es la causa de justificación fundamental, advirtiendo que enantiotelidad¹⁵, antijuridicidad y dañosidad son términos que pueden utilizarse indistintamente. En nuestra opinión, la inocuidad de la conducta siempre importará su atipicidad, no su justificación.

Coincidimos sí en la imposibilidad de que el derecho penal entienda como dañosa la inclinación moral del individuo. Sin embargo, en materia de acciones de peligro abstracto, donde se incluye la tenencia de estupefacientes para consumo personal, el derecho penal hace gala de un cierto *realismo mágico*, pues resulta clara la **traslación de cualquier interés normativo al momento de la insubordinación y no al momento de la lesión al bien jurídico (hay un claro adelantamiento punitivo), se castiga la disposición a delinquir y no la efectiva lesión de los objetos protegidos**¹⁶. En definitiva, en los delitos de peligro siempre caemos en la realidad de un castigo por la mera desobediencia, actitud que importa una forma de ser, una calidad del autor, que no seduce al soberano. Consecuencia de ello es la penalidad para determinadas “personalidades”, que no importan conductas generadoras de lesión o peligro alguno.

La postura agnóstica en cuanto a las funciones de la pena que sostiene actualmente Eugenio Zaffaroni permite en los delitos de peligro advertir que la pretendida eficacia tutelar de la ley penal respecto al bien jurídico, o sea su efecto preventivo hacia conductas que puedan lesionarlo, permite racionalizar afectaciones muy lejanas e hipotéticas. La idea del bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien protegido que es la voluntad del Estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Rechaza así la idea de bien jurídico tutelado por entenderlo como una inversión del **concepto limitativo de bien jurídico afectado**, que requiere una entidad mínima de afectación como expresión dogmática del principio de lesividad¹⁷.

¹⁴ NINO, op. cit., p. 305.

¹⁵ Acoge NINO en la obra citada su personal principio de “*enantiotelidad*”, mediante el cual una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que le ley está destinada a prevenir. Presume allí, sin dudas, una cierta racionalidad en el legislador, quien operaría en pos de una finalidad social al crear normas penales, cual es la de promover la paz mediante la sanción de conductas dañosas. Esa racionalidad no se vislumbra en la actualidad por lo que toda tarea judicial importa la reducción dogmática y teleológica (no clasificatoria) de los preceptos legales.

¹⁶ ARCE VÍQUEZ Y CHIRINO SÁNCHEZ, art. cit., p. 39.

¹⁷ ZAFFARONI, D.P.P.G., pp. 128/9.

El delito siempre importa una lesión, no reconocer que es aquella que sufre la víctima implica hacer fincar la lesión en otro titular ajeno, que por lo general es el Estado. Ninguna teoría puede prescindir del bien jurídico, lo único que puede hacer es minimizar la relevancia del bien jurídico del sujeto pasivo en concreto (mediante la infracción a deberes o la lesión a roles asignados), lo que no hace más que extremar la confiscación del conflicto a la víctima.

Desde otro lugar también se minimiza el bien jurídico mediante la proliferación de los delitos de peligro abstracto y, en la sociedad del riesgo, a través de adelantamientos en la punición a actos de tentativa o a actos preparatorios. Los bienes jurídicos caratulados como *intereses difusos* y los delitos de *peligro común o colectivo* aumentan la confiscación a la víctima¹⁸.

Por lo tanto, toda conflictividad típica que no requiera directamente la lesión de un bien jurídico representa una anticipación punitiva que obliga a precisar la proximidad del peligro, atendiendo tanto a la circunstancia concreta de la acción como a la finalidad del agente. Cualquier anticipación criminalizante viola el principio de reserva garantizado por el art. 19 constitucional, quedando **excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta**, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva. La creación artificiosa de bienes jurídicos públicos que no simbolizan más que desobediencia a la autoridad (tranquilidad colectiva, paz pública, etc.), permitió la legitimación de tentativas de delitos de peligro que no importan peligros reales para el núcleo central de bienes jurídicos, lo que constituye una imputación en violación al presupuesto de lesividad por lesión o por peligro, primera regla de la tipicidad conglobante que impide imputar objetivamente la acción que no expresa una conflictividad lesiva. **LA TENTATIVA DE PELIGRO, O SEA EL PELIGRO ABSTRACTO, SE ENCUENTRA EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE LO PENALMENTE PROHIBIDO.**

En el peligro abstracto se manifiesta claramente la dialéctica inherente a la tipicidad (estado de derecho - estado de policía), pues el estado de policía impulsa la lealtad incondicional a normas que no expresan ninguna conflictividad lesiva, en tanto que el estado de derecho se esfuerza por sostener el establecimiento de un orden normativo fundado en el principio de lesividad. Por ello los tipos de meras infracciones de peligro abstracto legitimados mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos, lejos de producir una sensación de seguridad en el valor del derecho, evidencian la crisis a que lleva el ejercicio irracional del poder punitivo, y amenazan los espacios de libertad social indispensables para la convivencia democrática¹⁹, remitiendo a un derecho penal de tinte autoritario.

¹⁸ ZAFFARONI, D.P.P.G., p. 129.

¹⁹ ZAFFARONI, D.P.P.G., pp. 809/12.

El requisito de la verificación de una conflictividad lesiva en el ámbito de la tipicidad conglobante, o tipicidad objetiva a secas, importa otorgar un **contenido material** a la tipicidad meramente formal que surge de la correspondencia entre una conducta y la descripción abstracta y general de la fórmula legal, pues se exige allí la afectación, por lesión o por peligro concreto, del bien jurídico en juego.

II) 2. Integración normativa. Función judicial. Teoría de la tipicidad conglobante.

El Dr. Portela agrega luego que *“...los jueces deben observar la conjunción de casos y sus soluciones normativas como un sistema coherente y razonable que permita la mayor integración de las mismas con los principios que permitan una convivencia más o menos organizada pero en libertad... Para ello es necesario escoger aquellas teorías que mejor preserven la integridad de todo el universo normativo en juego cada vez que se produce un caso de conflicto, para evitar soluciones que resulten asistemáticas y alejadas de los contenidos materiales que imponen el respeto por los derechos humanos y sus respectivas garantías. Debe tratar de escogerse, en suma, aquellas teorías que se fundamentan en la consideración del hombre como persona a la que debe respetarse y protegerse por encima de cualquier clase de intereses colectivos... De esta manera, la teoría de la tipicidad conglobante... permite establecer si la conducta en juzgamiento se encuentra por debajo o por encima del nivel de ilicitud que la ley establece, en cuanto la misma sea potencialmente peligrosa para el bien jurídico que se intenta preservar...”*.

El oficio del legislador en la política criminal que pretende cubrir flancos frente al *“peligro de una lesión al bien jurídico”* se convierte en una suerte de artilugio, que pretende, por vía de una descripción (el tipo penal), eliminar de la realidad un riesgo o un peligro. Esta suerte de *“encantamiento legislativo”* se ha pretendido utilizar en el derecho económico, en el derecho fiscal, contra el tráfico de estupefacientes y en el derecho ambiental. Pero en todos estos campos el derecho penal no se convierte en el instrumento de dirección que se espera, y se producen evidentes problemas de efectividad (porque no soluciona ningún problema, sólo confisca el conflicto a las víctimas), al no reproducir la realidad las expectativas (y promesas) del legislador²⁰.

Como bien lo señala el Dr. Portela, la verificación de la concreta lesión al bien jurídico es tarea preponderante del juez y una efectiva herramienta para integrar el orden normativo y consagrar el principio constitucional de lesividad en el ámbito de la tipicidad es la **teoría de la tipicidad conglobante** desarrollada por Eugenio Zaffaroni.

²⁰ ARCE VÍQUEZ Y CHIRINO SÁNCHEZ, artículo citado, p. 37.

En los delitos de peligro sólo su “peligrosa proximidad” habilita la prohibición de la conducta que lo origina. En palabras de Aguirre Obarrio²¹, al suponer la existencia de un legislador preocupado por estructurar una figura que contemple el caso de un peligro ferroviario, actividad que recae en el codificador Solón, encontramos la imagen del juez formal, diametralmente opuesto al que reivindica el Dr. Portela: “...Solón también puede preferir que la figura castigue a quien destruya las vías, siempre que un tren haya partido de la estación anterior, o bien cuando haya circulación de trenes en ese momento, o bien **aunque ese día no marchen trenes, pero sí los jueces...**”. Si así fuera, la irracionalidad del legislador se complementaría con la irracionalidad del juez. La imagen de Aguirre Obarrio muestra como no debe operar un juez: subsumiendo acríticamente una conducta en la descripción típica sin indagar sobre su lesividad hacia un bien jurídico.

Queda clara entonces la fundamental tarea que corresponde a los jueces en el campo del peligro.

La teoría de la tipicidad conglobante, cuya concreción en cada caso se encuentra en manos de los jueces, podría estructurarse, previas disculpas a Zaffaroni por este intento de explicar con profanas palabras un sistema tan complejo, de la siguiente manera: la **antinormatividad** es la contradicción entre la conducta del agente y lo prohibido o prescripto por la norma deducida del tipo. Norma que es interpretada por el juez en forma **conglobada** con el resto de las normas deducidas de la legislación vigente.

Mediante la **función sistemática** el tipo objetivo exige la comprobación (a) de una mutación física en el mundo operada por efecto de la acción, (b) de los elementos particulares requeridos por algunos tipos, y (c) de un nexo de causación entre la mutación física y la acción. Esta tarea del **tipo objetivo sistemático** sólo verifica la presencia de un **pragma típico**.

La **función conglobante** del tipo objetivo conlleva la verificación posterior de la **ANTINORMATIVIDAD** de ese pragma típico por ser *realmente conflictivo*, (a) porque importa una lesión de cierta relevancia para el bien jurídico, pues el alcance de la norma no está limitado por otras de igual o superior jerarquía, y (b) porque puede ser objetivamente imputado al autor como propio.

Por lo tanto la tipicidad objetiva de la acción se afirma sólo cuando se hayan verificado ambas funciones del tipo objetivo [la sistemática y la conglobante].

La lesividad se comprueba constatando la afectación en forma significativa (por daño o por peligro) del bien jurídico, pero también verificando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está **prohibida por la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado**.

La conglobación como operación determinante de la lesividad es una función claramente normativa, es decir que un pragma es típico no sólo cuando reúne los caracteres particulares exi-

²¹ AGUIRRE OBARRIO EDUARDO, “De paseo con el peligro”, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires,

gidos por el respectivo tipo sistemático, sino también cuando es **antinormativo**, o sea, cuando viola la norma que se deduce del tipo, y con ello lesiona un bien jurídico.

Esa contradicción debe considerarse respecto a todo el universo de normas prohibitivas y preceptivas, tomado como orden normativo, donde juegan normas penales y no penales, constitucionales e internacionales.

La función conglobante del tipo objetivo excluye la lesividad **(A)** cuando no haya afectación del bien jurídico o la misma no sea significativa, **(B)** cuando la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia, **(C)** cuando la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta, **(D)** cuando medie un acuerdo o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo, y **(E)** cuando el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido o permitido.

II) 3. La probabilidad de peligro en los delitos de peligro.

Cuestión nada pacífica trae el Dr. Falcone al considerar que los delitos de peligro “...son aquellos en que existe la probabilidad de una lesión concreta para el bien jurídico, constituyendo un difícil problema dónde poner el límite a esa probabilidad... Si el fundamento de la punibilidad de los delitos de peligro es el peligro, no pueden castigarse delitos de peligro sin peligro...”.

II) 3. a. El juicio sobre el peligro.

Zaffaroni cita a Wilhelm von Humboldt²² quien en 1.792 decía: “el estado, para garantizar la seguridad de los ciudadanos, debe prohibir o restringir todas aquellas acciones que se refieran de manera inmediata sólo a quien las realiza, de las que se derive una **lesión** de los derechos de los otros, esto es, que mermen su libertad o su propiedad sin su consentimiento o contra él, o de las que **haya que temerlo probablemente**; probabilidad en la que habrá que tomar en consideración la dimensión del daño que se quiere causar y la importancia de la limitación de la libertad producida por una ley prohibitiva. Cualquier restricción de la libertad privada que vaya más allá o que se imponga por otros motivos distintos se sale de los límites de la acción del estado”.

Adolph Merkel²³ señala: la acción es peligrosa cuando la producción del mal se hubiera evitado por medio de acontecimientos o relaciones que no entran de ordinario en los cálculos y

año II, nro. 3, p. 73.

²² ZAFFARONI, D.P.P.G., pp. 129/30, con referencia a la obra “Los límites de la acción del estado”, los destacados nos pertenecen.

²³ Citado por AGUIRRE OBARRIO, p. 64.

previsiones de los hombres. Asimismo puntualiza que solo se deben tomar en cuenta las circunstancias que el agente conozca en el momento de la comisión del hecho.

“En derecho penal, en cuanto a la estructura de los tipos delictivos, interesan las posibilidades de producir un daño. Interesan porque el mecanismo penal reclama, o que esas posibilidades se efectivicen, produciendo el daño, o que estén presentes de otra determinada manera. Y si no, el derecho penal no opera. Entonces, la primera discusión que se presenta es si el peligro consiste en la posibilidad o en la probabilidad de que ocurra un daño. Lo probable es una pequeña parte del mundo de lo posible²⁴”.

La cuestión que trae Falcone ofrece distintas variantes de enjuiciamiento. Tomaremos las siguientes²⁵: **(1) perspectiva del juicio**: ex ante, el juicio se realiza desde el punto de vista equivalente al lugar del autor en la acción, o ex post, el juicio se realiza desde el punto de vista del momento real del juicio, es decir, cuando ya ha tenido lugar el evento, **(2) momento del hecho**: al comienzo de la acción, al final, antes del resultado o luego del resultado, y **(3) grado de conocimiento del observador**: conocimientos del sujeto actuante, de un hombre medio o aquellos más amplios existentes en la actualidad.

En cuanto a la primera opción **no coincidimos** con autores como Gimbernat Ordeig²⁶ o Roxin²⁷ quienes valoran como “*pronóstico ex ante*” o como “*prognosis objetivo posterior*” (también von Liszt) el análisis de la peligrosidad, toda vez que si se estima el peligro con anterioridad se elimina la necesidad posterior de establecer si realmente hubo o no peligro. La valoración sólo puede ser posterior a la conducta, momento en el cual, en función del principio de lesividad, podrá verificarse ciertamente el peligro corrido por el bien jurídico. En este sentido Mezger²⁸ expresaba que “*se puede juzgar con exactitud acerca de la existencia de un verdadero peligro sólo ex post, juzgarlo ex ante es, más bien, imaginarse un peligro*”. También Zaffaroni²⁹ afirma que las teorías de la imputación objetiva conciben *ex ante* el riesgo o el peligro, con lo cual siempre remiten al futuro, con el compromiso que ello importa para el principio de lesividad.

No sólo los delitos de lesión producen un resultado, pues los delitos de peligro concreto también lo tienen, ya que a partir de un análisis *ex post*, en el mundo exterior, **se verifica que han producido un resultado de peligro** para los bienes jurídicos respectivamente protegidos. Por lo que el enjuiciamiento acerca de la peligrosidad es tarea que corresponde también a la categoría de la tipicidad (conglobante). Los delitos de peligro concreto no se distinguen de los delitos de

²⁴ AGUIRRE OBARRIO, artículo citado, p. 72.

²⁵ ALCÁZER GUIRAO RAFAEL, “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, año V, nro. 9-A, pp. 413/64.

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, Ensayos penales, Madrid 1.999, pp. 190/1.

²⁷ ROXIN CLAUS, Derecho penal parte general, Madrid 1.997, p. 404.

²⁸ MEZGER EDMUND, Tratado de derecho penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.959, tomo I, p. 128.

²⁹ ZAFFARONI, D.P.P.G., p. 450.

lesión por ofrecer criterios de imputación discrepantes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente³⁰.

Tomando criterios del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal (BGHSt), enseña Roxin que el concepto de peligro escapa a una descripción científica exacta y que es predominantemente de **NATURALEZA FÁCTICA, NO JURÍDICA**; el concepto de peligro concreto no se puede determinar con validez general, sino sólo según las circunstancias particulares del caso concreto. Deriva de ello dos presupuestos para reconocer, en principio, la presencia de un **PELIGRO CONCRETO**: (A) debe existir un objeto de la acción y haber entrado en el **ÁMBITO OPERATIVO** de quien lo pone en peligro, y (B) la acción inculpada tiene que haber **CREADO** el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción³¹.

En cambio, en los delitos de peligro abstracto **el peligro se presupone como motivo establecido por el legislador y no aparece especialmente en el tipo**³². Por lo tanto, como el peligro no se encuentra en el tipo, sólo queda comprobar la realización de la conducta, como mera actividad, sin ninguna otra exigencia probatoria, toda vez que, aún demostrando la inexistencia de peligro en el caso específico, la tipicidad de la acción no desaparece; caso contrario ya no sería un tipo de peligro abstracto sino de peligro concreto, cuya proximidad de lesión sí debe verificarse en cada supuesto, pues el peligro es un elemento del tipo.

La postura expuesta **no** se comparte pues crea una criticada presunción *juris et de jure* respecto de la peligrosidad del comportamiento³³ y conlleva un grave perjuicio para los principios de lesividad y de culpabilidad. El legislador se limita a describir un determinado comportamiento que según la **experiencia** posee **idoneidad genérica**³⁴ de peligro o de lesión para el objeto de tutela, sin necesidad de que esa amenaza se verifique empíricamente.

Las variables para formular el juicio de **peligrosidad concreta** y contrarrestar esa presunción de los tipos de peligro abstracto que no admitiría prueba en contrario son: (a) juicio ex ante realizado al comienzo de la acción, (b) juicio ex ante realizado al término de la acción, (c) juicio ex post realizado al comienzo de la acción, y (d) juicio ex post realizado al terminar la acción.

De ello adoptamos la **perspectiva ex post (1)**, ya que el análisis efectuado una vez producido el resultado no implica ficción alguna, pues el enjuiciamiento coincide espacial y temporalmente con el momento real del juicio.

³⁰ Lo apuntado sobre los juicios de peligro conforme **GÓMEZ URSO JUAN FACUNDO**, "Los tipos penales y su clasificación", en revista Aequitas de la Facultad de Derecho de la U.N.M.D.P., nro. 11, año 3, 2.002, y en próximo número a editarse.

³¹ **ROXIN**, D.P.P.G. p. 404/5; tomando la misma jurisprudencia, **STRUENSEE EBERHARD**, Problemas capitales del derecho penal moderno, libro homenaje a Hans Welzel, Bs. As. 1.998, p. 89.

³² **MEZGER**, Tratado I, p. 128.

³³ Ya a principios del siglo XX **KARL BINDING** consideraba a estos delitos como *puras desobediencias* y pensaba que "mediante la presunción, un gran número de hechos no delictivos terminaría incluso en el ámbito de lo delictivo", citado por **BACIGALUPO**, Derecho penal parte general, Hammurabi, Bs. As., 1.999, pp. 231/7.

Como momento del hecho elegimos aquel en que el sujeto ha **concluido su acción (2)**. Lo que caracteriza el enjuiciamiento del peligro en (la consumación de) los delitos de peligro concreto, únicos constitucionalmente legales, es que el "momento del hecho" es trasladado hasta el **término de la acción**, momento a partir del cual podremos estar ante un *resultado de peligro*. Y no sólo eso, sino que dicho momento del hecho habrá de ser trasladado todavía a un momento posterior cuando, al término de la conducta, la víctima no se halle todavía en el ámbito de eficacia causal de la acción, o cuando el sujeto activo posea todavía el dominio sobre el curso causal, situando entonces la variable del momento del hecho en el instante inmediatamente anterior a la entrada de la víctima en el ámbito de eficacia causal o en el inmediatamente posterior a la pérdida del autor del dominio sobre su acción, respectivamente³⁵.

Por último, los **conocimientos especiales del sujeto actuante (3)** deben **valorarse objetivamente** para determinar la probabilidad del peligro, ya que de esa manera se refleja verdaderamente aquel juicio, en tanto se está juzgando una conducta determinada, la del sujeto actuante, y no la de un hombre medio cualquiera, pues si aquel tiene conocimientos especiales que un hombre medio no posee, y el juicio objetivo sobre la probabilidad del peligro se realiza en función de este último, sus resultados serán falsos y alejados de la realidad. Esta es la postura que adoptamos.

Cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras del riesgo con conocimiento y conscientemente, puede así apoyarse sobre ello el juicio de que "él ha creado un riesgo no permitido", y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesiones, etc. Es por tanto, completamente legítimo que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva³⁶.

II) 3. b. Los delitos de peligro como tipos abiertos.

Según el juez Falcone, la indagación de la probabilidad del peligro en los delitos de peligro importa que nos encontremos ante tipos abiertos, que deben ser llenados por el intérprete.

Asiste razón al nombrado jurista pues la inicialmente referida preocupación del legislador por evitar riesgos y peligros remotos hace que se flexibilice el derecho penal y se abandonen los principios del estado liberal de derecho, por lo que el peligro se convierte en una **fórmula abierta** que es llenada como mejor convenga a los intereses de la política³⁷.

³⁴ SOLER SEBASTIÁN, Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1.999, tomo II, p. 197.

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, artículo citado, pp. 432/39.

³⁶ STRUENSEE EBERHARD, "Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo", en "El derecho penal hoy", libro homenaje al profesor David Baigún, Buenos Aires, 1.995, p. 268.

³⁷ ARCE VÍQUEZ Y CHIRINO SÁNCHEZ, artículo citado, pp. 42/3.

En los tipos abiertos la ley no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual debe acudir a reglas generales que se encuentran fuera del tipo penal, ejemplos de esta modalidad son los delitos culposos y los delitos de omisión impropia. Sin embargo en los delitos de peligro, el requerimiento constitucional de verificar la lesividad peligrosa de la conducta, provoca que se trate de tipos abiertos donde el juez deberá concretar la probabilidad de la afectación.

En todos los casos de tipos abiertos el juez dispone de un punto de orientación suficientemente determinado por la ley, el deber de cuidado en los delitos imprudentes y la posición de garante en los delitos de omisión impropia, inclusive en los delitos de peligro concreto, donde el peligro se encuentra en el tipo. Pero ello no sucede en los delitos de peligro abstracto, donde la probabilidad de lesión es presumida por el legislador, restringiéndose así el ámbito material de verificación que corresponde al juzgador. Desde nuestra posición, los delitos de peligro abstracto por aplicación del art. 19 constitucional no deben ser aceptados y exigirse a su respecto idéntica verificación del peligro que en los delitos de peligro concreto.

II) 4. El tipo objetivo de los delitos de peligro.

II) 4. a. Condiciones objetivas de punibilidad.

Ya en el terreno de los delitos de peligro abstracto, indica el Dr. Falcone que “...dicho extremo (el peligro) no se satisface con el simple hecho de reunirse los recaudos de la descripción típica. Más aún, en los casos de tipos de peligro abstracto en los que se carece de condiciones objetivas de punibilidad o de elementos subjetivos que permitan afirmar de manera más garantista el principio de legalidad, corresponde indagar en el plano objetivo el peligro corrido por el bien jurídico, siendo insuficiente su presunción, como también lo es en el plano subjetivo la sola desobediencia, *dolus in re ipsa*...”.

Coincidimos también en la necesidad de incluir elementos en el tipo objetivo para proceder al recorte y reducción del espectro de conductas subsumibles en las figuras de peligro, sin embargo, no creemos que las condiciones objetivas de punibilidad puedan colaborar con ello.

Recorriendo la bibliografía penal tradicional, se advierte que “en este rubro se han incluido elementos de la mayor heterogeneidad”³⁸, no existiendo siquiera criterio uniforme para su definición. Algunos autores incluyeron elementos en el tipo objetivo que no debían ser alcanzados por el dolo, otros consideraron que no necesitaban ser causados por el autor, y otros los entienden como requisitos objetivos que colocaban fuera del tipo.

³⁸ ZAFFARONI RAÚL EUGENIO, Manual de derecho penal, 5ª edición, Buenos Aires, 1.986, pp. 644/5 (“Excursus” sobre las llamadas “condiciones objetivas de punibilidad”).

Como se nota, cualquiera de aquellas acepciones se contrapone con el principio de culpabilidad, ya que se postula la existencia de elementos objetivos de los que depende la punibilidad y que no deben ser abarcados por el conocimiento o por la posibilidad de conocimiento. Cualquier intento de crear condiciones objetivas de punibilidad esconde la estrategia de eliminar del tipo objetivo elementos que deban ser allí incluidos y comprendidos por el dolo o la culpa, proclamando así la presencia de elementos “extra típicos” que hacen a la configuración legal pero que pueden ser desconocidos y no queridos por el autor. Una clara violación al ya citado principio de culpabilidad con remisión a criterios de responsabilidad objetiva.

Ningún argumento para sostener estas condiciones es atendible, ni siquiera aquel que las justifica en tanto su existencia restringe punibilidad, toda vez que, de manera inversa, su presencia fundamentará la punición.

Concluimos que las condiciones objetivas de punibilidad “*son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa), en tanto que otros son requisitos de perseguibilidad, es decir, condiciones procesales de operatividad de la coerción penal*”³⁹. Estos últimos no hacen al derecho penal, sino al procesal penal y para nada ponen en juego el principio de culpabilidad.

Cualquier elemento que se incorpore al tipo objetivo debe ser considerado como tal y en consecuencia exigirse su correspondiente conocimiento o posibilidad de conocimiento en el tipo subjetivo.

II) 4. b. Ambito situacional determinado. Contexto mundano.

La tipicidad, continúa Falcone, “...no sólo describe acciones, sino que refiere un ámbito situacional determinado, que configura la realidad de esa descripción, lo que conlleva un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal... El juez en un sistema democrático ha de valorar el conflicto concreto sometido a su conocimiento, adecuándolo a la forma abstracta y genérica contemplada en el tipo penal. Esta valoración debe hacerla desde el bien jurídico protegido... Ello le obliga a precisar el ámbito situacional descrito por la norma, ya que ella contiene el desvalor de acción que le da sustrato material a la tipicidad...”.

En cuanto a esta exigencia ha de entenderse como otro elemento objetivo de reducción que se comparte absolutamente, más aún tratándose de delitos de mera tenencia. Toda conducta humana se despliega en ámbitos determinados, tan es así que actualmente Eugenio Zaffaroni

³⁹ ZAFFARONI, Manual, p. 645.

define a la acción como **“un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano”**⁴⁰.

Algunos tipos, como por ej. el art. 79 C.P., no requieren ningún ámbito situacional determinado o contexto mundano para rodear y concretar la conducta, ya que se puede causar la muerte de otra persona en cualquier lugar, con cualquier medio (salvo ciertas figuras agravadas, C.P. 80), en cualquier momento, etc. Dicha norma puede configurarse perfectamente sin exigirse la presencia de ciertas circunstancias situacionales especiales.

Para los delitos de peligro, en cambio, y dada su apertura típica, como antes se indicara, proponemos su estructuración objetiva a través de “situaciones típicas”. Ello significa formularlos a la manera de los tipos omisivos (sean propios o impropios) y requerir como elemento del tipo objetivo un equivalente de la “situación típica generadora del deber de actuar”. Aquellas figuras son de las llamadas “circunstanciadas”, toda vez que una omisión sólo puede darse en tanto las circunstancias fácticas se correspondan con la situación típica (no puede omitirse una acción debida en cualquier tiempo y espacio y respecto de cualquier persona, sino sólo cuando se presente la situación típica requerida por el tipo objetivo).

Si en los delitos omisivos se considera que la **situación típica representa en todos los casos un peligro para un bien jurídico**⁴¹, más aún debe sostenerse respecto a los delitos de peligro.

Como ejemplos pueden ofrecerse los siguientes: que la tenencia de armas se castigue sólo cuando se cometa en lugares públicos o en zonas céntricas de cualquier urbe, lo mismo para la tenencia de estupefacientes en contextos públicos, en lugares inmediatamente próximos a establecimientos escolares o educacionales o donde se estén realizando espectáculos públicos, para la seguridad del transporte requerirse que los trenes se encuentren con determinada carga o pasaje, o próximos a zonas pobladas, etc.

Por lo tanto, lo que podríamos denominar “situación típica generadora de peligro para el bien jurídico” aparece como un “contexto mundano” del tipo objetivo que clarificará sin dudas cualquier conducta subsumible en una figura de peligro. Contribuyendo obviamente a la reducción de una amplia zona de punición que actualmente la legislación penal intenta abarcar con las antes citadas y pretendidas “soluciones mágicas” para los nuevos peligros de la moderna sociedad del riesgo.

II) 5. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

⁴⁰ ZAFFARONI. D.P.P.G., 2º, p. 421.

⁴¹ BACIGALUPO, op. cit., p. 538.

En el considerando tratado en el punto II) 4. a) el juez Falcone parece compartir la exigencia en el tipo subjetivo de los delitos de peligro de un elemento subjetivo adicional, cuya presencia *permitiría afirmar de manera más garantista el principio de legalidad*.

El tipo subjetivo de los delitos dolosos requiere en algunos casos la existencia de un especial elemento subjetivo distinto del dolo, que puede ser **(A)** una **intención** que exceda el simple querer la realización del tipo objetivo, o **(B)** un particular **ánimo** puesto de manifiesto en el modo de realizar el tipo objetivo.

Los primeros fueron clasificados por Mezger⁴² como **delitos de intención o de tendencia interna trascendente**, y son claras **ultrafinalidades o ultraintenciones**, caracterizadas generalmente con un *"para, con el fin de, con el propósito de"*, y que exigen que la finalidad tenga una dirección que exceda el querer la realización del tipo objetivo, debe haber un fin más allá del mismo, un "plus" en el aspecto subjetivo.

En los delitos de intención el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente debe alcanzar para tipificar su conducta, y se dividen a su vez en: (a) **DELITOS DE INTENCIÓN DE RESULTADO CORTADO**: el tipo queda consumado con la acción, pero el sujeto tiene como objetivo otro hecho que se debería producir después de realizar el tipo pero sin su intervención⁴³, y (b) **DELITOS DE INTENCIÓN INCOMPLETOS O MUTILADOS DE DOS ACTOS**: la conducta típica es el medio para la realización de una segunda acción del autor, quien realiza una conducta como paso previo para otra posterior incluida dentro de su plan

En cambio los **DELITOS DE TENDENCIA O CON PARTICULARES ELEMENTOS DEL ÁNIMO** son actitudes o expectativas del agente que acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos: la alevosía sería incompatible con la víctima en plena capacidad de defensa, el aprovechamiento del hurto calamitoso sería inconcebible sin la calamidad, etc.⁴⁴.

Entendemos que es necesaria la exigencia de elementos subjetivos en los delitos de peligro para cumplir la finalidad expuesta por Falcone (afirmar de manera más garantista el principio de legalidad) y que ellos deben consistir en **elementos subjetivos de intención de resultado cortado**, toda vez que se corresponden con la necesidad de exigir en la finalidad del agente una clara ultraintención relacionada con acercar el momento de la lesión a un peligro concreto, en tanto se deberá indagar en el campo de la tipicidad subjetiva [1] el fin de cumplir los elementos objetivos más (+) [2] el fin de poner en peligro real y efectivo el bien jurídico en cuestión (vgr. "te-

⁴² MEZGER, Tratado I, p. 136.

⁴³ ZAFFARONI, D.P.P.G., p. 517 y ss.; del mismo, Manual, p. 421 y ss.

⁴⁴ ZAFFARONI, D.P.P.G., p. 519.

ner estupefacientes con el fin de ofrecerlos en un espectáculo público", o tener estupefacientes con "algún propósito de destinarlos al comercio o de suministrarlo o procurarlo a otro"⁴⁵).

Sirve como ejemplo el primer párrafo del art. 189 bis del C.P. que dispone: "*el que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear...*". Se trata de un delito de peligro que prevé un elemento extra en el tipo subjetivo (de resultado cortado).

Esta modalidad debería adoptarse sin reparos en todos los delitos de peligro, sin aceptar cuestionamientos relacionados con las dificultades probatorias de tales elementos subjetivos. Eso es harina de otro costal y si no puede acreditarse dicho extremo, aún en caso de duda (*in dubio pro reo*), la conducta será atípica sin más.

II) 6. El "tener" como conducta humana.

También resalta el juez Falcone la crítica formulada por Struensee al concepto de "tenencia" como conducta humana.

Seguimos al referido autor⁴⁶ en tanto ha traído dicha discusión de manera por demás crítica, resaltando al inicio de su exposición que **los delitos de tenencia son un traspie legislativo** y que **todas las dificultades de los delitos de tenencia se basan en que la expresión "tener" no describe conducta alguna**. Descarta entonces toda posibilidad de que la tenencia pueda entenderse como alguna de las dos formas de conducta humana (cuestión tampoco pacífica pero que aquí aceptamos), o sea actuar u omitir, ya que "**la palabra tener menta sólo una relación de dominio y no una actividad**". Lo que presupone un ejercicio de poder sobre una cosa o una relación de coordinación entre cosa y persona, pero no puede ser concebida materialmente como una acción o una omisión.

Compartimos y adherimos plenamente a la posición de Grünwald, citado por Struensee, quien, respecto a la tenencia ilegítima de armas, afirma: "**racionalmente, el legislador debería declarar punibles sólo acciones aprehensibles, como la adquisición no permitida de armas. Junto a ello podría ser necesario crear tipos omisivos de contornos claramente trazados (recuérdese lo dicho anteriormente en cuanto al ámbito situacional determinado). En cambio, un tipo como el de la tenencia no permitida, que según su tenor literal declara punible un mero estado y que tampoco por vía de interpretación llega a más que a una figura amorfa, NO DEBERÍA EXISTIR**".

⁴⁵ Proyecto Peco de 1.942, art. 230, Exposición de motivos, p. 399.

⁴⁶ STRUENSEE EBERHARD, "Los delitos de tenencia" en Problemas capitales del derecho penal moderno, libro homenaje a Hans Welzel, Buenos Aires, 1.998, pp. 108/17.

Concluimos así en negar la posibilidad de tipificar meras o simples "tenencias", admitiendo como excepción sólo las de aquellos objetos o materiales absolutamente perjudiciales y peligrosos en sí mismos (como por ejemplo armas nucleares, residuos nucleares, tóxicos químicos), proponiendo como alternativa la represión de conductas o "subcasos de tenencia", como RECIBIR, ADQUIRIR, ENTREGAR, OSTENTAR o PORTAR para el caso de armas de fuego o elementos similares, donde se anticipa la tenencia o se capta una conducta humana concreta y verificable como tal en términos ontológico-normativos.

II) 7. La exclusión de la imputación objetiva por la autopuesta en peligro.

Por último, y relacionado exclusivamente con el delito previsto por el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, indica el Dr. Falcone que el objeto de protección de aquella ley, la salud pública, es ilegítimo en los casos de autopuesta en peligro voluntaria, pues ésta representa el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que cae fuera del ámbito de protección penal.

Marcelo Colombo, quien comenta el fallo aquí analizado, indica que la argumentación de Falcone es atractiva pero que se asienta en un axioma que a su entender no es tal y que, por lo tanto, deslegitima la posterior construcción lógica de éste. Afirma que el bien jurídico salud pública es de titularidad plural y que, como tal, trasciende la disposición estrictamente individual que de él pueda realizar un ciudadano mediante su autopuesta en peligro. Concluye que para que opere el consentimiento de la víctima, ésta debe ser la titular del bien jurídico.

Este último apartado no pretende rebatir las referencias de Colombo, sin embargo, nuestra posición contraria hace que mencionemos su opinión.

En primer lugar ha quedado sentado que el concepto de bien jurídico en los delitos de peligro abstracto generalmente es de carácter público, común o colectivo, ya que justamente la abstracción del peligro y la lejanía de la lesión hacen que no pueda conocerse de antemano cuál será la conducta lesiva posterior ni el futuro objeto lesionado materialmente.

El bien jurídico salud pública analizado en el contexto de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, **y no en otro**, muestra la intención de proteger a los "plurales titulares" de ese bien de la solitaria y presuntamente peligrosa conducta del tenedor. No se niega aquí la existencia de bienes jurídicos generales, sin embargo deben aceptarse sólo cuando sean funcionales a los intereses del hombre⁴⁷. Es claro que ninguna salud pública puede legitimarse en tanto interfiera en ámbitos de reserva y privacidad de los ciudadanos, tal como contundentemente lo afirma Falcone. Desde esa posición sí puede concluirse que la conducta de quien tiene estupefacientes para consumo personal constituye una autopuesta en peligro voluntaria, más aún cuando gran

parte de la doctrina coincide en reconocer a los autores de tales ilícitos como imputados y víctimas a la vez. En definitiva, la calidad de víctima del autor y la ilegitimidad del bien jurídico salud pública en cuanto a la segunda parte del art. 14 de la ley 23.737, permite concluir que toda imputación al respecto se excluye en función de la actuación a propio riesgo de la víctima o autopuesta en peligro voluntaria. **Tal conducta resulta atípica.**

También el Dr. Portela afirma que "la conducta descripta resulta atípica por no conllevar ningún riesgo para la salud de otro que no sea la del propio encausado, que así lo ha elegido, quedando amparado por la esfera de intimidad que consagra el art. 19 de nuestra Constitución Nacional".

Como consecuencia de ello, la postura de Falcone resulta lógica y lo lleva a una correcta segunda apreciación: **la impunidad de la colaboración por suministro o entrega de estupefacientes a un tercero que se coloca voluntariamente en peligro para su salud.**

Sobre el punto cabe consignar brevemente que lo expuesto en cuanto a la autopuesta en peligro voluntaria de la víctima es extensible a la **puesta en peligro de un tercero aceptada por éste**. Esta misma relación formula Roxin⁴⁸ destacando que un grupo de casos directamente lindante con el anterior se refiere a situaciones en que una persona no emprende acciones con las que se ponga en peligro a sí misma, ni afronta un riesgo ya existente, sino que se expone con plena consciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva de un tercero. Incluso despeja una asimilación errónea que formula Colombo, pues existe una gran diferencia entre el autodaño (**autopuesta en peligro**) impune y el daño causado a otra persona con su **consentimiento**. El sentido de la distinción radica en que en todo momento uno domina con su propia decisión la medida en que se quiere exponer al peligro procedente de sus propias acciones, mientras que el mero hecho de tolerar la puesta en peligro que es obra de otra persona deja a la víctima a merced de un desarrollo imprevisible, que a veces tampoco puede ser ya controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro a sí mismo, y, además, quien se expone a una puesta en peligro por parte de otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad del otro para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia habilidad.

Más que clara la diferencia entre ambos institutos.

Por último, traemos un fallo de la Corte Suprema alemana (BGH)⁴⁹ donde el imputado había procurado tres jeringas descartables y de este modo posibilitado a su amigo "H" el inyectar-

⁴⁷ HASSEMER WINFRIED, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, en Doctrina Penal, nro. 12, Buenos Aires, 1.989, p. 275 y ss.

⁴⁸ ROXIN CLAUS, Problemas básicos del derecho penal, Madrid, 1.976, pp. 190/3.

⁴⁹ Citado por STRUENSEE EBERHARD, "Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo", en "El derecho penal hoy", libro homenaje al profesor David Baigún, Buenos Aires, 1.995, p. 266.

se una mezcla de heroína por él preparada, la inyección condujo a la muerte de "H". En el caso el tribunal desestimó *por primera vez* la punibilidad del imputado por homicidio culposo con la siguiente fundamentación: "quien únicamente ocasiona, posibilita o favorece el acto de la deseada y efectuada autopuesta en peligro por propia responsabilidad (dolosa o imprudente), participa en un acontecimiento que, en la medida en que se trata de la punibilidad por homicidio o lesiones corporales, **no es típico, ni, por eso mismo, un suceso punible**".

"LA DEUDA"

No dejamos de reconocer la deuda que implica no tratar aquí las cuestiones relacionadas (A) con los elevados montos punitivos de ciertos delitos de peligro, valga como paradigmático ejemplo la simple tenencia ilegítima de armas de guerra regulada por el art. 189 bis párrafo cuarto del C.P., que prevé un mínimo de tres (3) años de prisión, y (B) con la prueba del dolo en estos tipos, ya que se omite su producción en el proceso y se lo da por presente, presumiéndolo de manera ilegal, toda vez que se olvida, aunque parezca increíble, que tal comprobación hace a la tipicidad de la conducta⁵⁰.

Por exceder la finalidad del presente esas problemáticas quedan en el debe para otra oportunidad.

III. Conclusión y propuestas.

1. La teoría del **bien jurídico** tiene su origen en la concepción liberal propia de nuestra Constitución Nacional. Ideológica y axiológicamente se basa en la autonomía ética, el pluralismo democrático y en la dignidad y en la libertad de la persona humana⁵¹. El bien jurídico debe definirse desde una **óptica antropocéntrica**.

2. Una conducta humana sólo puede tipificarse cuando resulte **socialmente dañosa** y afecte los presupuestos de una **vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada**, siempre que no existan otros medios de prohibición menos gravosos que la represión punitiva.

3. Definimos al bien jurídico como la **relación de disponibilidad (sin interferencias ilegítimas de terceros, entre ellos, y principalmente, el estado) de un individuo con un objeto que hace a su autorrealización en sociedad, lo que determina su referencia a un interés**

⁵⁰ Al respecto ver RAGUÉS I VALLÈS RAMON, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1.999.

⁵¹ BUTELER JOSÉ ANTONIO (H), Garantías y bien jurídico, en Teoría actuales en el derecho penal, Buenos Aires 1.998, p. 412.

social auténtico y preponderante, todo ello en un marco delimitado por la paz social, constatable a través de un juicio de valor, histórica y geográficamente condicionado y, por lo tanto, relativo.

4. Las relaciones de disponibilidad se resumen en el **plexo de los derechos humanos**, en particular, en el derecho a la **autorrealización integral del hombre en sociedad**.

5. La función principal del bien jurídico es **RECORTAR MATERIALMENTE EL ALCANCE DE LOS TIPOS LEGALES A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD PARA DELIMITAR Y REDUCIR LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO (COMO INTERFERENCIA ILEGÍTIMA DE UN TERCERO)**.

6. En los delitos de peligro el bien jurídico no cumple aquella función delimitadora, pues se ha abandonado al individuo como centro de interés (óptica antropocéntrica) y se han colocado en su lugar intereses colectivos (estatales) y funciones del sistema.

7. El delito siempre importa una lesión, no reconocer que es aquella que sufre la víctima implica hacer fincar la lesión en otro titular ajeno, que por lo general es el Estado.

8. Queda excluido el peligro abstracto cuando se pretende proteger bienes jurídicos metahumanos y se habilita poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva.

9. El requisito de la verificación de una conflictividad lesiva en el ámbito de la tipicidad conglobante importa otorgar un **contenido material** a la tipicidad meramente formal que surge de la correspondencia entre una conducta y la descripción abstracta y general de la fórmula legal.

10. La verificación de la concreta lesión al bien jurídico es tarea preponderante del juez y una efectiva herramienta para ello es la **teoría de la tipicidad conglobante**.

11. La probabilidad del peligro debe analizarse desde una **perspectiva del juicio ex post** (momento real del juicio), desde un punto de vista del **momento en que finaliza la acción del autor** y objetivando los **conocimientos especiales del sujeto actuante**. Asimismo debe existir un objeto de la acción y haber entrado en el **ÁMBITO OPERATIVO** de quien lo pone en peligro, y la acción inculpada tiene que haber **CREADO** el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.

12. Cualquier elemento que se incorpore al tipo objetivo de los delitos de peligro es bienvenido en tanto restringe el ámbito de tipicidad, pero no puede incluirse como "condición objetiva de punibilidad", sino que debe ser considerado como parte del tipo objetivo y, en consecuencia, exigirse su correspondiente conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte del autor en el tipo subjetivo.

13. Como elemento típico se propone la incorporación de "ámbitos situacionales determinados", a través de la estructuración objetiva de "situaciones típicas", conforme la modalidad de los tipos omisivos, pues si en ellos se considera que la situación típica representa en todos los casos un peligro para un bien jurídico, más aún debe exigirse en los delitos de peligro.

14. También exigimos la presencia de elementos subjetivos distintos del dolo en los delitos de peligro para poder "afirmar de manera más garantista el principio de legalidad", los que deberán consistir en elementos subjetivos de intención de resultado cortado.

15. Rechazamos la tipificación de meras o simples "tenencias", proponiendo como alternativa la represión de conductas o "subcasos de tenencia", como recibir, adquirir, entregar, ostentar o portar, donde se anticipa la tenencia o se capta una conducta humana concreta y verificable como tal en términos ontológico-normativos.

16. Ninguna salud pública como bien jurídico puede legitimarse en tanto interfiera en ámbitos de reserva y privacidad de los ciudadanos. Por ello, la conducta de quien tiene estupefacientes para consumo personal constituye una autopuesta en peligro voluntaria. La calidad de víctima del autor y la ilegitimidad del bien jurídico salud pública en cuanto a la segunda parte del art. 14 de la ley 23.737, permite concluir que toda imputación al respecto se excluye en función de la actuación a propio riesgo de la víctima o autopuesta en peligro voluntaria.

17. La misma consecuencia corresponde para quien colabora con el suministro o entrega de estupefacientes a un tercero que se coloca voluntariamente en peligro para su salud: LA IMPUNIDAD.

Esto no es pura ideología, sino la derivación racional e inequívoca de los postulados que inspiran nuestra Constitución Nacional.