

Delitos De Peligro Abstracto ¿Una expresión del Derecho Penal del enemigo?

Ab. Claudia M. Heredia¹
Ab. Sandra F. Martínez²

....el derecho penal sólo acota un sector de la realidad, el que ofrece riesgo mas alto, pues si fuese a preocuparse de la mínimas posibilidades de amenaza a un interés o bien jurídico, la libertad humana recibiría rudo golpe...

Luis Jiménez de Asúa

“...el Derecho Penal de enemigos optimiza la protección de los bienes jurídicos, el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.”

Jakobs

¹ Abogada UNC, Especialista en Derecho Penal UNC, Adscripta Derecho Procesal Penal UBP.

² Abogada UNC, Adscripta Derecho Penal II UNC.

Introducción

La doctrina viene señalando como desde una perspectiva político criminal que los delitos imprudentes de resultado no dan mucho más de sí,³ se argumenta que dejar la protección de bienes jurídicos básicos como la vida o salud exclusivamente en manos de los delitos imprudentes de resultado, resulta político criminalmente insatisfactorio. A su vez, el avance tecnológico, la creciente demanda social, entre otros factores impulsan la intervención penal a nuevos campos y nuevas figuras, en ámbitos cada vez más alejados de los tradicionales, en los cuales el Derecho Penal tradicional no reconoce sus raíces. Como nota característica de éste fenómeno es que se busca actuar en la prevención desde el sistema penal y especialmente desde la configuración de modalidades típicamente peligrosas. Aparecen en éste contexto los llamados Delitos de Peligro Abstracto, los que encuentran legitimación en “la protección de bienes jurídicos”, la mayoría de incidencia colectiva. Ahora bien la amplitud que deba tomar el derecho penal en pos de dicha protección es objeto de serios cuestionamientos, toda vez que éstos se caracterizan, no solo por la renuncia al daño y a la prueba de la causalidad sino por contener en su estructura típica , un marcado adelantamiento de la punibilidad a efectos de castigar en un estadio anterior a la “probable” lesión de bienes jurídicos, es decir, determinados tipos penales sitúan las barreras de protección en conductas cuyo riesgo para el bien jurídico es latente mas no real. Este adelantamiento de la intervención penal a través de delitos de peligro abstracto, comparte su singularidad con la doctrina elaborada por Jakobs, conocida como “Derecho penal del enemigo”, en la cual también se caracteriza por un marcado adelantamiento de la intervención penal, el derecho penal actúa con antelación a la lesión, sobre conductas y no sobre resultados lesivos. Este adelantamiento de la intervención penal mediante la tipificación de momentos previos a la lesión, produce una crisis de legitimación en el tradicional Derecho Penal de corte retributivo, centrándose, en la doctrina actual, el debate sobre la creación de un Derecho Penal represor extra-penal bajo la influencia del Derecho Penal del Enemigo.

³ Jakobs, *La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, en Estudios de Derecho Judicial, 20, Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia, 1999, pp. 131 y s.

Derecho Penal del Enemigo: configuración actual

Jakobs, plantea una dicotomía entre el “Derecho Penal del Ciudadano versus el Derecho Penal del enemigo”, dirigido, este último, a los extraños, a los “individuos”, a decir del autor, estos individuos tendrían que ser diferenciados como “enemigos” por el sistema y esa diferencia se establecería respecto de los “ciudadanos”, en cuanto a la normativa que rige su comportamiento en la sociedad. La diferenciación entre ambos es derivada del comportamiento de los mismos dentro de la sociedad organizada. En su tesis afirma que quien pretende ser tratado como “persona” debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho pasa de ser, reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra el enemigo. Afirma, en su tesis, que con este tipo de derecho (del enemigo) se tiende a una defensa de la sociedad frente a agresiones futuras que podrían llevar a cabo los ciudadanos. Lo entiende como una amenaza para la sociedad hacia quien van dirigidas normas tendientes a neutralizar el peligro que significa para la misma. En este sentido, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. En cambio, el Derecho Penal del ciudadano, define y sanciona delitos, en tanto que el delito de un ciudadano no aparece como principio del fin de la comunidad organizada, sino como solo una irritación de ésta, un desliz reparable y por ello que el Estado ve al autor del hecho como a un ciudadano normal, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se comportará como ciudadano, como persona que actuará en finalidad con el ordenamiento jurídico. Diferente de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos, estos últimos con su actitud, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental y por ello no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal en la sociedad. Las actividades y las ocupaciones profesionales de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son mas bien la expresión de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades equívocamente delictivas. El Derecho Penal del enemigo, parte de la idea de que a ese autor se lo considera fuente de peligro y se lo excluye físicamente. Silva Sánchez, hace un aporte a este concepto estableciendo que “el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito es donde se manifiesta una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que

hacer frente de un modo expeditivo”.

En este marco, el Derecho Penal del Enemigo presenta cuatro elementos que lo caracterizan. El primero de ellos es que, en las regulaciones que le son propias se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad –incluso hacia actos netamente preparatorios, con expresa referencia, no ya hacia el hecho cometido, sino hacia el hecho futuro, suele tratarse de conductas bien lejanas al resultado lesivo tal como tradicionalmente lo concebimos, incluso, que ni siquiera implica la creación de un riesgo no permitido. En segundo lugar, las penas previstas son elevadas de modo desproporcionado con relación al hecho cometido. En tercer lugar, existe una flexibilización o aniquilación de ciertas garantías penales y procesales. Y por último, en cuarto lugar la transición de una legislación de Derecho Penal a una legislación de lucha, a través de las denominadas “leyes penales abiertas”, como leyes de lucha y de combate⁴. En este orden de ideas, se sostiene que los enemigos son aquéllos que por su especial peligrosidad para el orden jurídico, no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal acorde a la norma vigente. El peligro que los mismos significan, es un problema que no puede ser resuelto por el Derecho Penal ordinario, del ciudadano, de ahí resulta la necesidad de configurar un Derecho Penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Al decir de Jakobs, “enemigo”, es aquel que “debe ser capturado de antemano y quien debe ser combatido a raíz de su peligrosidad”

Delitos de Peligro Abstracto: conceptualización y críticas

En los delitos de peligro abstracto se castigan ciertas conductas porque llevan consigo el peligro para un bien jurídico colectivo o supra individual; el peligro no es un elemento del tipo y queda consumado, aunque en el caso concreto el mismo no se hubiese realizado, es decir, la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supra individuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas, aunque, en el caso concreto, no se hubiese producido peligro alguno para el bien jurídico protegido. En cambio en los delitos de peligro concreto el bien jurídico es un elemento del tipo, quedando consumado cuando se produce realmente la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Pero ¿que entendemos por “peligro”? Cerezo Mir define al peligro como: “la previsibilidad objetiva conforme un juicio ex ante, pues ex post, si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello, la acción no era peligrosa; si la producción

⁴ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel; “*Manual de Derecho Penal del Enemigo*”, Thomson –Civitas, Madrid, 2003, pag 20 y sgtes.

del resultado aparece como probable, resultará que la acción era peligrosa, el peligro aparece como una cualidad inherente a la acción”. Para hablar de un resultado de peligro, es preciso que el bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión aparezca en ese momento como probable. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo”⁵.

En cuanto los inconvenientes se plantea que los delitos de peligro, debido al alto grado de abstracción, pueden conducir a la punición de conductas que no suponen materialmente un injusto penal en el caso concreto, es decir, la antijuridicidad material queda vacía, sin contenido, impidiendo fundamentar la responsabilidad criminal individual, toda vez que, aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme, e incluso, de antemano quede excluida. En efecto, sostiene la doctrina, como derivación necesaria de ello, la violación al **principio de lesividad**, el cual impone una serie de reglas no sólo para legitimar la existencia de normas penales, sino también para legitimar el castigo penal –en el caso concreto-, a un individuo en virtud del hecho imputado. Este punto crítico de los delitos de peligro abstracto, particularmente en los delitos de mera intervención o mera tenencia, se presenta en franca contradicción con el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, en el sentido de que el Derecho Penal avanza sobre una esfera privada del individuo y en la medida que la acción no traiga aparejada un peligro concreto o un daño a bienes o a terceros, invade un ámbito en el cual el Estado no podría entrar sin debilitar los principios básicos del Derecho Penal, y del propio Estado de Derecho Liberal.

Por otra parte, la “peligrosidad estadística” que sirve de base para los delitos de peligro abstracto, si bien se presenta como suficiente para la creación de normas que desvaloran este tipo de conductas –las peligrosas-, no lo es para fundamentar la intervención del Derecho Penal mediante penas frente a un ciudadano concreto. En esta línea un sector doctrinal considera que los delitos de peligro abstracto contradicen el **principio de culpabilidad**. A lo que podemos agregar que la “peligrosidad abstracta” en la que se basa este tipo de estructuras típicas, está sustentada en una presunción del legislador considerada *iure et de iure*, es decir, estamos ante una creación de peligro presuntivo y que no admite la prueba en contrario, lo que resulta desde ya, constitucionalmente, y desde un consagrado estado jurídico de

⁵ Cerezo Mir, José, *Los delitos de peligro abstracto*, en Revista de Derecho Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2001, pág.270 y sgtes.

inocencia, objetable⁶. Otro de los problemas que acarrea este tipo de injusto con referencia a lo supra individual es que en la mayoría de los casos se estructuran sobre la base de normas penales en blanco o tipos abiertos, lo que produce una afectación de la garantía **nullum crimen sine lege** muy ligada al **principio de taxatividad de las normas penales** según el cual, el destinatario de la norma tiene derecho a saber lo que penalmente se prohíbe y las consecuencias derivadas de su infracción, con las implicancias que acarrea respecto al dolo y al error⁷. En este aspecto la doctrina alemana mayoritaria da poca importancia al aspecto de técnica legislativa y al hecho de que de la “lectura conjunta” de varios preceptos legales o reglamentarios, surja la norma penal aplicable⁸. Político-criminalmente, se argumenta que esta ampliación del Derecho Penal al terreno de la puesta en peligro producto de la legislación de emergencia que pretende abarcarlo y regularlo todo –con resultado estéril en la mayoría de los casos-, conlleva a un Derecho Penal de primera o única *ratio*, con olvido del **principio de subsidiariedad o de ultima ratio**.

Respuestas doctrinarias

La doctrina ha intentado resolver la problemática de los delitos de peligro abstracto no solo mediante opciones de reforma política criminal sino también a través de distintas teorías dogmáticas, todas ellas con el intento de otorgarle contenido material al injusto penal.

Kindhäuser⁹ en la monografía sobre “la dogmática de los delitos de peligro”, ha definido los delitos de peligro abstracto como “injusto de la inseguridad”. La seguridad como finalidad de la norma es entendida desde esta perspectiva como la posibilidad de disposición sin peligro o sin preocupaciones de los bienes. Se trata según el autor alemán, de un bien jurídico de naturaleza normativa que tendría en cuenta las condiciones jurídicamente garantizadas de

⁶ Raúl E. Zaffaroni, en Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar Buenos Aires 2000, pág. 468/469, afirma “debido a las consecuencias de la generalización ex ante que hace el legislador, no permite garantizar la justicia individual. Y así se sostiene que un caso que se analiza dentro de lo general como peligroso y que en base a ello se lo declara punible, como delito de peligro abstracto, podrá tratarse, en determinadas circunstancias, de un hecho totalmente no peligroso, que termina siendo castigado, casi exclusivamente por razones de prevención general (...) los delitos de peligro abstracto se contraponen al principio de culpabilidad en el caso concreto, debido a que es difícil hacer cualquier tipo de imputación subjetiva”.

⁷ Ej. art 204 Código Penal Argentino “Será reprimido con prisión de 1 a 6 meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal”.

⁸ Rodríguez Mourullo, en Revista General de Legislación y jurisprudencia, pág. 756 y sstes., admite la utilización de ésta técnica legislativa siempre que el ciudadano pueda conocer el núcleo esencial de lo prohibido sin tener que acudir a la norma de destino.

⁹ Kindhäuser, 1989, 280 cit. Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2.ª edición Alemana, Ed. Thomson Civitas, Madrid (España), pág. 409.-

disposición segura de bienes en cada ámbito social o en el orden social en su conjunto. Es decir, no se trata de satisfacer sentimientos o sensaciones subjetivas de seguridad o tranquilidad sino de proteger condiciones reales de seguridad para bienes jurídicos básicos¹⁰. Por su parte, Feijoo Sánchez¹¹, profundizando el punto de partida expuesto por Rodríguez Mourullo, intenta ofrecer nuevos argumentos para la fundamentación dogmática de los delitos de peligro, por los riesgos que este tipo de delitos presentan al sancionar formas alejadas de la agresión a intereses individuales, con el consecuente cuestionamiento a la lesividad del comportamiento castigado, y por el riesgo en la imprecisión en su descripción típica. Admitiendo que ambos riesgos provendrían de la necesaria configuración como “delitos de peligro” en ámbitos donde existiría un amplio margen para el riesgo permitido y como delitos cuya descripción requiere el recurso a la infracción de otros órdenes normativos, buscando, asimismo, fundamentar el porqué optar por la norma sancionadora penal y no aplicar una sanción administrativa. En tal contexto intenta esgrimir la solución a través de lo que llama “teoría normativa de la tipicidad”. En primer lugar señala que buscar la legitimidad de los delitos de peligro, directamente en los bienes jurídicos individuales hace que sea imposible fundamentar la existencia de un injusto penal por el grado de adelantamiento de la protección. Desde una perspectiva político-criminal y dogmática, opta por una menor abstracción a través de los denominados “delitos de peligro abstracto concreto” (Schröder), en donde no se exige constatar ex post una situación de peligro sino sólo que la conducta tipificada encierre una idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño o que se constate, que supera ciertos niveles de permisión de riesgos, señalando que, esta variante de los delitos de peligro debe ser valorada en forma positiva ya que presenta mayor eficacia y legitimidad de la intervención del Derecho Penal. Los delitos de peligro abstracto-concreto (delitos de peligro hipotético, de idoneidad, de adecuación, delitos de acción peligrosa, etc.), consigue enriquecer materialmente los delitos de peligro abstracto, ya que la idoneidad requerida deja más clara la

¹⁰ “En sentido similar **Jakobs** define a los delitos de peligro abstracto legítimos como infracciones de derechos a la seguridad y considera “una suficiente seguridad cognitiva es una condición necesaria para poder disfrutar los bienes. Sin tal seguridad, los bienes no son buenos y por ello se ha formulado que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico. Por lo tanto, entre la existencia -de la seguridad y la del bien- no existe ni en el plano lógico ni en el valorativo una diferencia.”. También **Gracia Martín** quien afirma “como ha demostrado Kindäuser los tipos de peligro abstracto tienen sin duda fundamentos materiales, pues la acción menoscaba las condiciones de seguridad que son indispensables para una utilización racional de los bienes jurídicos y en ese menoscabo puede verse, sin duda un daño *sui generis* que dota al tipo de peligro de contenido material (...) la acción produce, sin duda, un resultado que no consiste ciertamente, ni en la lesión ni en el peligro concreto del bien jurídico, pero que sin duda, materializa el daño *sui generis* de que habla Kindäuser.”

¹¹ Feijoo Sánchez, Bernardo “Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto” Sobre la Normativización del Peligro cit Donna, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal “Delitos de Peligro” Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pág. 147/195.-

diferenciación entre el injusto específicamente penal y el administrativo. Mirentxu Corcoy Bidasolo¹², propone la diferenciación entre “peligro” y “riesgo”, entiende al peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia o de una conducta para provocar efectos adversos”, y al riesgo como “probabilidad de que en el caso concreto, ese efecto adverso ocurra”. Trasladándolo al Derecho Penal, los peligros se prevén en abstracto y están el origen de las normas administrativas, y solo cuando se considera político criminalmente útil y necesario deberían tipificarse como delitos. No debería caber en el Derecho Penal la abstracción, es decir, una valoración de los hechos estrictamente ex ante que lleva a presunciones sobre lo hipotético. Se trata de valorar ex post la nocividad, lesividad, toxicidad, del objeto del delito –resultado en sentido material-, lo que permite determinar a que conducta es imputable la nocividad, lesividad, toxicidad y valorar la afectación al bien jurídico protegido en el caso concreto. Sostiene la autora, que de esta forma en los delitos de peligro abstracto no se produciría una relajación de las garantías, contraria a los principios esenciales del Derecho Penal en un Estado de Derecho. La consumación del delito se produce cuando ex post se prueba que la lesión del objeto del delito es idónea para afectar el bien jurídico penal supra individual. Es decir, la antijuridicidad material requiere probar ex post que la lesión del objeto del delito es idónea para afectar el bien jurídico penal protegido, en cumplimiento del principio de lesividad.¹³ Así, da el ejemplo, del delito de tenencia ilícita de arma, donde no será suficiente que se trate de un “arma prohibida”, además debe requerirse que “posean una especial potencialidad lesiva y que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, especialmente peligrosa para la seguridad pública, quedando excluida la intervención del derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que intervenga en ese caso, el derecho administrativo sancionador. Por su parte, Paz M. de la Cuesta Aguado¹⁴, sostiene que habría que distinguir

¹² Cfr. Corcoy Bidasolo, *Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los delitos de peligro*, en DONNA, Edgardo Alberto, *Revista de Derecho Penal; Delitos de Peligro, Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Ruvinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2007.

¹³ Igualmente lo expone para los delitos de peligro concreto donde para la consumación requiere que se pruebe la lesión del bien jurídico penal supra-individual y la puesta en peligro del bien jurídico penal individual. Siendo necesaria la concurrencia material de todos los elementos típicos, incluida la imputación del resultado de peligro al comportamiento típico peligroso, no siendo suficiente con la prueba de uno de los dos aspectos. Ver consumación en delitos de peligro concreto: el resultado de peligro en los delitos de peligro concreto afecta al bien jurídico penal individual y es necesario que ese resultado de peligro sea imputable al comportamiento típico, desde una perspectiva ex post, para que el delito se consume. Lo que debe probarse es la idoneidad del peligro ex ante desde una perspectiva ex post

¹⁴ De la Cuesta Aguado, M. Paz, “Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro”, Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ386 “Derecho Penal y nuevas tecnologías”

entre tipos en los que el peligro se constituye como requisito imprescindible para afirmar la relevancia típica de la acción (primer paso dentro de la tipicidad objetiva) y aquellos otros en los que, una vez afirmada la tipicidad prima facie de la acción, el peligro actúa de forma manifiesta o latente como ulterior requisito típico, es decir, delimitar primero el contenido de la acción y posteriormente determinar si cumple un ulterior requisito típico –puesta en peligro-. Respecto de los delitos accesorios o dependientes del Derecho Administrativo, entiende, que corresponde al juez que analiza el caso concreto, determinar en qué grado la infracción administrativa abre paso a la intervención penal, de modo, que en muchos casos, el juez se encuentre ante una doble opción sancionadora, imponer una pena o renunciar a la aplicación de la ley penal y aplicar la norma sancionadora administrativa, en base al Derecho Administrativo y con renuncia, allí sí, a las garantías del proceso penal. Schröder¹⁵ propone aceptar la prueba en contrario de la falta de peligrosidad para excluir la tipicidad de la conducta, los delitos de peligro abstracto serían entonces “delitos de presunción refutable de peligro”. Sin embargo se ha objetado que con ello se infringiría el principio *in dubio pro reo* siempre que el reo no lograra probar la ausencia de peligro.-

La vigencia de la norma como función del derecho penal y los delitos de peligro abstracto.

La función sistémica de las normas expuesta por Günter Jakobs¹⁶, asigna a las normas una función “estabilizadora de expectativas”, independientemente de su contenido, de ahí se deriva que su violación sea siempre socialmente disfuncional pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos sino porque está en discusión la validez misma de la norma. El derecho penal aparece como un subsistema orientado a garantizar la confianza institucional mediante el reestablecimiento de la vigencia de la norma cuestionada por el delito. En este sentido Jakobs afirma que la tarea del derecho penal no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos, su función es la confirmación de la validez de la norma. El principio de delito como lesión de bienes jurídicos es reemplazado por el principio del delito como expresión simbólica de infidelidad al ordenamiento jurídico.

(www.uca.es/grupos-inv/SEJ386) cit Donna, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal “Delitos de Peligro” Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pág. 125 y sgtes.

¹⁵ Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW81 (1969), 14 ss; cit Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2.ª edición Alemana, Ed. Thomson Civitas, Madrid (España), pág. 407.-

¹⁶ Siguiendo a Luhmann –en el que el Derecho se concibe como un subsistema orientado a la estabilización del sistema social, de orientación de las acciones y de estabilización de las expectativas.-

Sobre este particular, al decir de Shünemann, lo abstracto e indeterminado del fin asignado al Derecho Penal -estabilización de la norma- conduce a un sistema cerrado en el que inevitablemente se produce una argumentación tautológica o circular en la que se pierde cualquier oportunidad de establecer límites a la intervención penal.¹⁷ Asimismo Gössel,¹⁸ explica que la lesión a la norma como elemento decisivo del delito, dejando de lado la violación de los bienes jurídicos llevaría al riesgo de adelantar la punibilidad de forma ilimitada, toda vez que referirse solamente a la lesión de la norma llevaría a punir estados psíquicos internos, ya que la lesión a la norma se vislumbra independientemente de su contenido, en tal sentido refiere que “quien define la lesión a la norma como elemento esencial del delito, termina eliminando la protección de los bienes jurídicos y con ellos su lesión del ámbito del delito” “La agregación del bien jurídico protegido requiere necesariamente que exista un suceso real en el mundo exterior que se corresponda al comportamiento interno y que manifieste un perjuicio para el bien jurídico protegido a través de su puesta en peligro concreto –suceso real- y no futuro”.-

En nuestra legislación penal, producto del expansionismo propio de un Estado que incapacitado para solucionar conflictos sociales por medio de su política criminal echa mano a normas penales que pretenden castigar el ilícito en un área muy anterior a la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado, podemos encontrar una serie de descripciones típicas que confluyen en lo que la doctrina alemana ha denominado la “Criminalización de un estadio anterior”, que, a nuestro entender, entrevén lo que Jakobs denomina derecho penal del enemigo.¹⁹ La creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal responde –conforme determinadas argumentaciones- a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la lesividad de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta. Este auge en la legislación penal, por las tipificaciones del riesgo, se avizora en pleno crecimiento, al punto tal que parte de la doctrina toma una postura de “resignación”

¹⁷ Shünemann, B. (trad. Cancio Meliá), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídica penal alemana*, Universidad Externa de Colombia, Bogotá, 1996, págs 46/47.

¹⁸ Gössel, Karl Heinz, *Réplica al Derecho Penal del Enemigo*, en DONNA, Edgardo Alberto, *Garantías constitucionales y nulidades procesales II - Doctrina y Jurisprudencia* pág. 11/35.

¹⁹ Delitos de simple tenencia, por ejemplo la simple tenencia de materiales explosivos (art. 189 bis, CP conf. Ley 25.886), la simple tenencia de armas de fuego de uso civil y de guerra (art. 189 bis 2p, CP, conforme ley 25.886), en este inciso se incorpora la tenencia de armas de uso civil, que antes era una infracción al orden administrativo y ahora, con su vocación expansiva, pasa a la órbita del Derecho Penal; la tenencia de instrumental para producir armas de fuego, piezas o sus municiones (art. 189 bis 3p, CP, conf. Ley 25.886), la tenencia de instrumentos destinados a la falsificación (art. 299 CP), la simple tenencia de estupefacientes (art. 14, ley 23.737), entre otros.

ante el avance del Derecho Penal del Enemigo. A diario político criminalmente se recurre a la tipificación del peligro mediante la estructura de los delitos de peligro abstracto, la que está diseñada a efectos de castigar un estadio anterior a la lesión de bienes jurídicos. La relación entre la acción típica y el bien jurídico se vislumbra como difusa, por la escasa y nula lesividad que tal conducta acarrea al bien jurídico objeto de tutela. En este tipo delitos específicamente, la punibilidad supone un adelantamiento de las barreras de protección mediante la punición de conductas cuyo riesgo para el bien jurídico tan sólo llegará a realizarse si se lleva finalmente a cabo alguna conducta lesiva, la que al momento es sólo “presunta”. En este sentido vemos que la punición de ciertas conductas llegan aún sin ni siquiera haber alcanzado el estadio de la tentativa –siendo la misma incompatible con los delitos de peligro abstracto-, por el marcado adelantamiento de la intervención penal. Con relación a este adelantamiento extremo de la punibilidad mediante tipos penales, se ha referido el profesor alemán Jakobs, mentor de la doctrina conocida bajo el nombre de “Derecho Penal del Enemigo”, quien sobre el particular sostuvo: el adelantamiento resulta indispensable cuando se trata de prototipos de medios delictivos, pues estos objetos presentan un elevado peligro de ser empleados delictivamente por alguien. La tendencia hacia un derecho penal preventor es palmaria, y se encuentra en flanco crecimiento, y se expresa (y continuará expresando) en tipos penales en los cuales el castigo viene dado en estadios previos a la efectiva lesión o al efectivo peligro de lesión para el bien jurídico, extremando su protección **so pena de incurrir en violación de ciertas garantías consagradas constitucionalmente.**

Conclusión

El Derecho Penal actual contiene expresas normas encuadrables en el Derecho Penal del Enemigo, que utiliza como principal herramienta de punición los delitos de peligro abstracto. El marcado adelantamiento de la punibilidad presente en los delitos bajo examen, lo transforman en su claro exponente, desde que se normativizan conductas desde su dimensión fáctica de peligrosidad, “**el peligro**” representa el basamento de la teoría expuesta por Jakobs, y la justificación –permisibilidad-, de la aniquilación de ciertas garantías, en dicho contexto, la penalización del peligro, se justifica porque su violación representa algo socialmente disfuncional pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino porque está en discusión la validez misma de la norma. Los delitos de peligro –abstracto-, que criminaliza verdaderos actos preparatorios –impunes para nuestro sistema-,

importa una relajación de las garantías constitucionalmente reconocidas, tanto penales como procesales²⁰, ya que al castigarse una conducta en su peligrosidad abstracta se vulnera la real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material. Ello importa sostener un sistema penal en el cual la tarea del derecho penal, ya no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos, sino en la de venir confirmar la validez de la norma vulnerada por el delito, el principio de delito como lesión de bienes jurídicos se vería reemplazado por el principio del delito como expresión simbólica de infidelidad al ordenamiento jurídico.

No obstante ello consideramos, que un Estado de Derecho no es compatible con un derecho penal de la anticipación de los hechos criminales, como propuesta de protección penal, ello, conlleva la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías penales y procesales. El principio de lesividad, impone al Estado la prohibición de castigar la mera desobediencia, exigiendo que de la acción se derive un perjuicio concreto para el bien jurídico protegido. Ello solo es compatible con un Derecho Penal fragmentario, subsidiario y de *última ratio* en el que la elección de las conductas prohibidas y castigadas guarde una razonabilidad, efectividad y proporcionalidad con el bien jurídico que buscamos proteger a través de la norma prohibitiva. En ningún caso el poder punitivo puede estar al servicio de un fin autónomo del Estado, y esa autonomía no puede ser disfrazada mediante fórmulas “orden público”, “interés general”, “seguridad pública”²¹, remarcamos aquí un párrafo extraído de la obra de Ferrajoli Luigi, *“...en conclusión, el principio de lesividad (...) tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivalente a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario, y con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el Derecho Penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídico los delitos de mera desobediencia, degradados a categorías de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo, todas las violaciones a normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos...”*²². Un Estado de Derecho con plena vigencia del principio de intervención mínima, de *última*

²⁰ Principios de lesividad, de reserva, proporcionalidad de las penas, legalidad, retributividad, culpabilidad, estado jurídico de inocencia, taxatividad de las normas penales y subsidiariedad o ultima ratio.-

²¹ Damián R. Muñoz, “La tenencia del Peligro”, en Donna, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal “Delitos de Peligro” Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, año 2007, pág. 572

²² Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta Madrid 5º ed- 2001 p. 479

ratio como garantía de limitación al *ius puniendi*, que no perjudique el marco irrenunciable de garantías que el derecho penal debe representar, es el Estado de Derecho deseable, en el cual el sistema penal sea la respuesta a la tutela de los derechos fundamentales de TODOS los CIUDADANOS; mas allá de eso, podemos señalar que la transposición de la barrera de lo necesitado y merecedor de tutela penal configura autoritarismo lesivo de los principios básicos democráticos. Un sistema penal solo está justificado si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad (reducción de la violencia punitiva y maximización de tutela de los derechos) y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del Derecho penal Mínimo²³.

²³ Ferrajoli, L: Derecho y Razón ob, cit., pág., 342

Bibliografía

- AA.VV; Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, (Ed. Española); Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, año 2000.-
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi Buenos Aires, 1999.-
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003 – De la tolerancia cero al Derecho Penal del Enemigo*, Instituto de estudios e investigación jurídica, Managua, Nicaragua, 2005.-
- DONNA, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal; *Garantías constitucionales y nulidades procesales II - Doctrina y Jurisprudencia-*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, año 2001.-
- DONNA, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal; *Delitos de Peligr I, o*, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Ruvinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2007.
- DONNA, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal; *Delitos de Peligr II, o*, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Ruvinzal – Culzoni, Santa Fe, año 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal, *Eximentes de la responsabilidad*, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Ruvinzal – Culzoni, Buenos Aires, año 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trota Séptima Edición 2005.
- GOSSEL, Karl Heinz, *Réplica al Derecho Penal del Enemigo - Sobre personas, individuos y personas del derecho*”,
- ROXIN, Claus, *Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Derecho Penal – Parte General*, tomo I, Ed. Thomson-Civitas 1997.
- JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel; *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Hammurabi José Luis Depalma, Buenos Aires, año 2005.-
- JAKOBS, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Ed. Cuadernos Civitas, primera edición, 1996.-
- LASCANO, Carlos Julio (h); *El Derecho Penal para Enemigos y las Garantías Constitucionales*, Cuadernos de Derecho Penal y Criminología, Serie N°4, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, año 2004, pag 75/94.

- LASCANO, Carlos Julio (h), *Evolución de la Dogmática Jurídica Penal*, Secretaria de Postgrados y servicios a terceros –Carrera de Especialización en Derecho Penal UNL-
- GRACIA MARTÍN, Luisa (Universidad de Zaragoza); *Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo*, Revista de Ciencia Penal y Criminología.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal de las sociedades post industriales*, Civitas, Madrid 1999.-
- ZAFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ed. Ediar Buenos Aires 2006.-
- ZAFARONI-ALIAGA-SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar Buenos Aires 2000.-
- <http://criminet.ugr.es/recpc09-10.pdf> Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 09-10