

LOS DELITOS DE PELIGRO Y LA PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL:
UNA REESTRUCTURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL BAJO LOS LINEAMIENTOS BÁSICOS
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Endangerment crimes and constitutional proportionality:
a reconstruction of criminal responsibility under the basic guidelines of the
principle of proportionality

GUSTAVO A. BEADE*
Universidad Austral de Chile

Resumen

El trabajo trata sobre la relevancia que pueden tener los delitos peligro, evaluados dentro del marco de una teoría de la responsabilidad penal orientada hacia los presupuestos de la prevención de daños a terceros. Mi argumento será construido a partir de defender la idea de que un concepto de riesgo (como base de los delitos de peligro), no podría en muchos casos -de ninguna forma y en ninguna medida- afectar los derechos fundamentales de los individuos como pretende fundamentarse habitualmente en la doctrina dominante. En este contexto pretendo discutir concretamente si el principio de daño (o lesividad) establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina, *exige la lesión concreta* de un bien jurídico protegido o no. Ello a la luz de la problemática actual vinculada con los llamados *delitos de peligro* donde la afectación no deja de ser una hipótesis. Para ello, creo que el principio de proporcionalidad en sentido estricto y en concreto la utilización de la ponderación será de utilidad.

Palabras clave

delitos de peligro, principio de proporcionalidad, responsabilidad penal.

Abstract

The work deals with the relevance that endangerment crimes can have, evaluated within the framework of a theory of criminal responsibility oriented to prevent harm to others. My argument will be built from the defense of the idea that a concept of risk (as the basis for crimes of danger), could not in many cases - in any way and to any extent - affect the fundamental rights of individuals as it is intended to be based on usually in the dominant doctrine. In this context I intend to specifically discuss whether the principle of harm to others established in art. 19 of the National Constitution of Argentina, requires the specific injury of a protected legal right or not. This considering the current problems linked to the so-called crimes of danger where the affectation is still a hypothesis. For this, I believe that the principle of proportionality in the strict sense and specifically the use of balancing will be useful.

Key words

endangerment crimes, principle of proportionality, criminal responsibility.

1. El daño a terceros y los nuevos delitos

Previo a ingresar a la cuestión central del trabajo, es necesario efectuar una breve introducción acerca de los motivos que dan lugar a una reformulación del principio de *daño a terceros* (también llamado principio de lesividad) en el marco del derecho penal. En este sentido, este principio tiene serias dificultades para adecuarse a las nuevas formas delictivas que

* Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Av. Elena Haverbeck s/n, Campus Isla Teja, Valdivia, Chile (5091000). gustavo.bead@uach.cl. ORCID N° 0000-0002-2258-4348.

aparecieron durante los últimos treinta años, en especial en lo que se refiere a la criminalidad económica.

Es así, que los delitos económicos, entre otras modernas formas delictivas (es posible incluir también a los delitos ambientales) no pueden ser pensados, ni trabajados desde el principio de daño que sostiene la doctrina penal mayoritaria. En principio, la forma de afectación de este tipo de conductas a los bienes que son objeto de protección, difiere notablemente de los delitos más tradicionales (por ej. el homicidio), y también resulta muy difícil poder establecer con certeza, su momento de concreción, su resultado lesivo. Así, en un homicidio, claramente la presencia de un cadáver es la muestra concreta de un resultado lesivo, una afectación concreta. En cambio, en un delito como el de evasión tributaria, difícilmente pueda establecerse con certeza de qué forma el Estado ve afectado su desarrollo económico si solamente *un* contribuyente evade la suma de cuatrocientos mil pesos, suma establecida en la normativa argentina para configurar el delito de *evasión tributaria*.

En alguna forma esta crítica nos lleva directamente a centrarnos en los llamados *delitos de peligro*. Los delitos de peligro son fuertemente criticados desde el punto de vista constitucional debido a que no se pueden valorar los resultados en concreto que las conductas conllevan, lo cual contradice sustancialmente el principio constitucional de daño, esto es, que el Estado puede sancionar conductas sólo y en la medida que afecten un bien protegido por una norma determinada. Esta circunstancia, no ha podido ser resuelta por los teóricos del derecho penal de una forma satisfactoria. En general, tienden a tomar posturas dogmáticas para admitir los delitos de peligro, como una necesidad de política criminal, como así también para rechazarlos, sosteniendo que deben ser tratados por el derecho administrativo, por ejemplo. Es por esto que resulta necesario un estudio que considere un análisis constitucional sobre una problemática real y concreto que tiene su correlato, también, en otras partes del mundo.

Ahora, y tal como adelantara en un comienzo, mi propuesta se vincula con retomar la cuestión desde un aspecto que tenga en cuenta el derecho constitucional y en particular mostrar la necesidad de aplicar el examen de proporcionalidad en sentido amplio. Así, será importante reconsiderar el examen de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) en materia constitucional para ser aplicado en el ámbito penal, y revisar cuestiones vinculadas con el principio de daño en el derecho penal. Cabe recordar que los estudios de proporcionalidad que se originaron en el seno del derecho penal, surgieron a partir de lo que se llama proporcionalidad *estricta*, también conocida como *proporcionalidad de las penas*, esto es, la exigencia de la adecuación entre la gravedad de la pena y del delito¹. Mi trabajo se vincula más estrechamente con el examen de proporcionalidad en *sentido amplio*, corriente dogmática que, bajo la clara influencia de los teóricos alemanes y la difusión mediante la jurisprudencia constitucional, entiende al principio de proporcionalidad como un examen más global y amplio de los costes y beneficios de toda intervención sancionatoria.

2. El examen de proporcionalidad en sentido amplio en derecho constitucional

Afirmar que el derecho penal, desde la prevención del daño a terceros, debe prescindir de valorar los resultados lesivos, es una cuestión que debe ser sometida a discusión desde una visión vinculada con la práctica constitucional. En este sentido, es necesario revisar si una formulación de este tipo, no avanza seriamente afectando, en alguna medida, los derechos

¹ Acerca de la discusión sobre la proporcionalidad de las penas ver VON HIRSCH (1993).

fundamentales². Para determinar esta cuestión es central ingresar en el estudio del principio de proporcionalidad en sentido amplio³, particularmente desde un aspecto penal⁴.

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia⁵ en la motivación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales que caracterizan el sistema continental europeo⁶. Se ha dicho al respecto que el principio de proporcionalidad constituye un criterio adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y, correlativamente, un criterio apropiado para fundamentar, en sus aspectos sustanciales, las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos⁷. Asimismo, una caracterización que se ha efectuado del principio de proporcionalidad es que se trata de un "límite de los límites" a los derechos fundamentales, el cual opera como uno de los criterios empleados para controlar la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos, particularmente la que lleva a cabo el legislador en ejercicio de las competencias que la Constitución le otorga para configurar, concretar o restringir los contenidos iusfundamentales⁸. En esta dirección considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, en principio, los derechos actúan como límites a su limitación y que por otro lado, elevan su pretensión de ejercicio. Es por ello que los derechos imponen límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio⁹.

Actualmente los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora del Tribunal Constitucional y a proponer, mediante las teorías de la argumentación, criterios que permitan someter sus decisiones a un control racional, en un intento de cerrar la brecha que para el Estado de Derecho representa este excedente de discrecionalidad en manos del juez. Aquí entra a jugar el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual es un instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del legislador¹⁰. Es importante sobre estos parámetros considerar un análisis en detalle de las exigencias específicas que deben establecerse sobre el derecho penal, dado que este último, no es más que la muestra palmaria del poder estatal, en su máxima expresión.

Respecto del control de constitucionalidad de las leyes, se trata de un juicio en el que se comparan dos normas -la ley y la Constitución- en donde en caso de ser detectada una incompatibilidad entre ellas, se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de estas antinomias. Sin embargo, esta regla no está exenta de problemas, dado que los contenidos

² Me refiero al concepto de los derechos fundamentales en el sentido de Robert ALEXY (1986). Esto es, una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, lo cual indica que tienen validez positiva.

³ Para un estudio en detalle sobre el principio de proporcionalidad como concepto general y su vinculación con la idea de derechos fundamentales en la literatura alemana ver los trabajos más recientes de BOROWSKI (1998); CLÉRICO (2001); hay también obras en español que siguen de cerca esta corriente de pensamiento, entre otros: BERNAL (2007) y LOPERA (2006).

⁴ Es posible pensar que tomar en consideración el examen de proporcionalidad podría suponer una alternativa plausible para analizar este problema. Las soluciones dogmáticas que se han presentado en la discusión contemporánea sobre los delitos de peligro no son satisfactorias desde un punto de vista vinculado con la argumentación jurídica. Los críticos de los delitos de peligro no dan razones para su rechazo, sino que se apoyan enteramente en una interpretación discutible del art. 19. Agradezco a un/una evaluador/a anónimo/a que me sugirió realizar esta aclaración.

⁵ Este dato es tomado por Alexy - junto con la irradiación del derecho constitucional para la aplicación e interpretación del derecho común y la ampliación de los derechos que antes eran sólo concebidos como derechos de defensa y en la actualidad también con derechos de prestación que requieren acciones positivas estatales- para hablar de la "expansión de los derechos constitucionales". Ver ALEXY (2007), p. 46.

⁶ BERNAL (2007), p. 41. Una crítica a los presupuestos del principio de proporcionalidad como categoría de análisis utilizada por el Tribunal Constitucional alemán puede verse en FRISCH (2003), pp. 331-332, quien señala que "falta algo que se asimile a una teoría y abordaje integral de aquellas cuestiones de legitimación que se plantean en relación con la posibilidad de identificar determinadas realidades como bienes jurídicos (...) y de determinadas conductas que los lesionan o amenazan en tanto injusto".

⁷ BERNAL (2007), pp. 70 y 81.

⁸ LOPERA (2006), pp. 45-6.

⁹ CLÉRICO (2008).

¹⁰ LOPERA (2008).

materiales de la Constitución son, en ocasiones, demasiado indeterminados, lo cual dificulta establecer aquello que la Constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir.

En este texto pretendo discutir concretamente si el principio de daño (o lesividad) establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina¹¹, *exige la lesión concreta* de un bien jurídico protegido o no. Ello a la luz de la problemática actual vinculada con los llamados *delitos de peligro* donde la afectación no deja de ser una hipótesis.

En estos casos difíciles, el centro del control de constitucionalidad reside en determinar cuál es la calificación deóntica que la Constitución asigna a la decisión legislativa analizada, si es *ordenada, prohibida o permitida*. Para resolver estas colisiones los Tribunales Constitucionales emplean el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.

Así, la estructura del principio de proporcionalidad está conformada por tres subprincipios los cuales deberán ser revisados desde una perspectiva del derecho penal¹²:

1.- Subprincipio de idoneidad (*Geeignetheit*), el cual establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Los fines ilegítimos son aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución.

2.- Subprincipio de necesidad (*Erforderlichkeit*), el que establece que toda medida de intervención de los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3.- Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (*Proportionalität im engeren Sinne*), la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. Esto es las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que éste implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Veamos un poco más en detalle estos principios y su vinculación con el derecho penal.

2.1. Los subprincipios de la proporcionalidad y su aplicación al derecho penal

1.- Subprincipio de idoneidad: El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal: con relación al primer supuesto, es necesario verificar si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al objeto de protección (bien jurídico) cuya tutela pretende el Estado, dado que sólo así su prohibición será un medio idóneo para contribuir a su protección. En este sentido, si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho espera, al menos, que el medio pueda fomentar el logro de un fin determinado, en este caso *la prevención de daño a terceros*. De esta forma, el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del principio de daño, entre las cuales se sitúa, la exterioridad de la acción típica, condición necesaria para

¹¹ Hay una asociación corriente en la doctrina de que el principio de reserva (art. 19 CN) —el cual establece un ámbito libre de la injerencia estatal, un campo que se entiende justamente reservado a la moral personal— es la contrapartida de las lesiones externas (principio de lesividad). Este último principio establece que, para que el Estado pueda aplicar una sanción penal las acciones deben perjudicar (lesionar) a un tercero.

¹² La definición de los tres subprincipios de la proporcionalidad en el Derecho constitucional se debe en principio a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, entre otras: BVerfGE, 30, 292 (316); 37, 1 (21 ss.); 39, 210 (230); 51, 193 (208); 63, 88 (115); 67, 157 (173); 70, 1 (26); 70, 278 (286); 79, 256 (270); 81, 156 (192) y a la doctrina alemana que se ocupó de desarrollar este concepto. Sobre estas referencias ver por todos CLÉRICO (2001).

verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien protegido¹³.

En relación con el subprincipio de idoneidad corresponde señalar que la ley penal -el propio derecho penal de por sí- es una intervención en los derechos fundamentales, que sin duda en muchos casos, se encuentra justificada. La problemática en relación con los delitos de peligro, podría presentarse en torno a si es necesario para imponer una sanción, esperar a la concreción de un resultado luego de que se llevó adelante una conducta riesgosa. En este sentido, podría pensarse que una sanción que prescindiera de una lesión a un objeto protegido, estaría afectando el principio de lesividad que -según la opinión dominante en Argentina¹⁴- estaría establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Aquí es donde la doctrina mayoritaria sostiene que un avance en este sentido podría violar también el principio de reserva, como una contracara del principio de lesividad (art. 19 CN)¹⁵, dado que una forma de sanción semejante no tendría un límite hacia el interior del individuo, por lo cual podría sancionarse aspectos internos sin mayores inconvenientes y pretender imponer ciertos comportamientos virtuosos típicos del perfeccionismo moral, con la base de que el Estado debe prevenir conductas riesgosas¹⁶. Empero, esta cuestión será analizada en detalle más adelante.

Por otra parte, mediante la *Idoneidad de la norma de sanción*, se pretende examinar la eficacia preventiva que despliega la norma establecida. De acuerdo al mandato constitucional de resocialización, es posible excluir todas aquellas sanciones abiertamente desocializadoras, como es el caso de la prisión perpetua o de penas privativas de libertad que en la práctica conduzcan a ese mismo efecto, teniendo en cuenta su duración¹⁷.

2.- Necesidad de la norma de conducta: Se trata de establecer la eficiencia de la medida en estudio, su capacidad de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en disputa.

Respecto de la propuesta que aquí se formula, a mi juicio, se trata de establecer un juicio de responsabilidad penal de la forma más igualitaria posible. La evaluación de los riesgos de las conductas, sólo tienden a analizar la conducta de los individuos, lo que hicieron, sin perjuicio de que ese acto tenga un resultado determinado o no. Esta es una forma de excluir factores causales ajenos al hecho llevado a cabo. No se pretende reducir las normas penales, en función de lo que postula por ejemplo, el principio de fragmentariedad. De lo que se trata es de incorporar modernas formas delictivas, a un sistema de responsabilidad penal que, por el momento, no puede adecuarlas a un sistema tradicional de imputación jurídico penal, teniendo como marco-límite al examen de proporcionalidad en sentido amplio del derecho constitucional.

Asimismo, mediante la *necesidad de la norma de sanción*, se incorporan las exigencias asociadas al principio de subsidiariedad en materia penal, la cual requiere la búsqueda de alternativas al derecho penal, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de penas alternativas a la prisión. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar que no existan medios fuera del sistema penal suficientemente aptos para proteger al objeto de protección y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad prevista¹⁸.

3.- Proporcionalidad en sentido estricto: Consiste en una ponderación en la que toman parte, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de

¹³ LOPERA (2008).

¹⁴ NINO (1980). En contra SANCINETTI (2005), p. 41 y ss.

¹⁵ Art. 19 Constitución Nacional: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

¹⁶ Fijando su estructura del principio de proporcionalidad penal sobre estas bases, confróntese LOPERA (2006), pp. 171 y ss.

¹⁷ LOPERA (2006), pp. 171 y ss.

¹⁸ LOPERA (2006).

su correspondiente pena y por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos objetos de protección que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos. En este sentido, se ha dicho que para “una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad (soportable) para los destinatarios de la prohibición”¹⁹.

Para establecer la intensidad con que la medida legislativa enjuiciada afecta los derechos fundamentales, tanto sobre la definición de la conducta prohibida como a la clase y cuantía de pena aplicable, es preciso atender a los siguientes criterios: a) el alcance de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena; b) la probabilidad de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquella que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental, c) la duración de la intervención en el derecho fundamental de modo tal que, cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma bajo análisis, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma y d) la comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza.

De este modo, la intensidad con que la norma penal enjuiciada satisface el principio que respalda la intervención legislativa se determina en función de los siguientes criterios: 1) lesividad de la conducta prohibida, pues cuanto más lesiva para el objeto protegido sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a su tutela, siendo que la incriminación de una conducta lesiva representa una contribución más intensa a la protección del bien protegido, respecto de la penalización de conductas que sólo representan un peligro concreto y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que representa la tipificación de conductas que sólo constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico; y 2) La modalidad de la imputación subjetiva, con lo cual la intervención penal dirigida a prevenir ataques con conocimiento (dolo) al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del que supone la prevención de ataques imprudentes, debido al mayor desvalor de acción de los primeros.

En apariencia, la ponderación evidente en este punto se establece entre el principio de daño y el principio de autonomía personal. Así, lo que pretendo discutir aquí es si aquella ponderación entre los principios en pugna (autonomía vs. daño) que realizan los que cuestionan la validez constitucional de los delitos de peligro tiene una fundamentación tan inequívoca que la posición contraria no puede ser sostenida en ningún modo. Por el contrario, creo que esta posición es defendible y constitucional.

3. ¿La ponderación correcta?

Como señalé en un comienzo, la opinión dominante en la doctrina penal, al menos en Argentina tiende a señalar que, en general, la creación de delitos de peligro excede lo que se encuentra establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, no respeta el principio de autonomía personal. Este razonamiento, pretende mostrar que lo que se genera a partir de la construcción de determinados tipos penales es la creación de un Estado que se aleja del liberalismo político para acercarse a formar vinculadas con el autoritarismo. Creo que este argumento es incorrecto y la ponderación entre autonomía y daño podría ser revisada en una gran cantidad de casos. Empiezo a desarrollar este argumento en lo que sigue.

¹⁹ BverfGE 90, 145 (185) y BVerfGE 78, 77 (86).

3.1. El riesgo y el argumento de la tentativa

Acerca de esta cuestión, entiendo que no es una condición necesaria interpretar al principio de daño como una exigencia que deba estar centrada en los resultados lesivos concretos. Habría varias formas de fundamentar esto. Me interesa aquí concentrarme en un aspecto puntual que se vincula con la evaluación *ex ante* de la conducta. En este sentido, una conducta debe ser *ex ante* objetivamente apta para producir un riesgo para el bien protegido, para que pueda sancionarse. Sintéticamente: *sólo es necesaria la conducta exteriorizada, ya sea una acción o una omisión*, para la prevención de daños, este debe ser el límite concreto (por ej. *disparar* un arma de fuego cargada contra un tercero). No está permitido la sanción de pensamientos, intenciones y todo lo que quede dentro del fuero interno del individuo, se trata solo de evaluar la peligrosidad de la conducta en un momento *ex ante*. Veamos esto con un poco más de detalle.

Una formulación basada en criterios de prevención debería regirse siempre por criterios *ex ante*, esto es: qué es lo que se quiere evitar. Es importante remarcar que, en general, los defensores de las teorías preventivas de la responsabilidad penal utilizan, a menudo para justificar, la punición de la tentativa, por ejemplo, el concepto de riesgo (o peligro) como una variante del mismo concepto de daño pensado este último siempre a través de la materialización de una conducta en un resultado. Esta forma de presentar la posibilidad de la sanción de la tentativa, nos habilita la posibilidad de utilizar el riesgo o peligro como una forma de construir sanciones penales distintas a las tentativas. Si construimos la noción de tentativa ampliando el concepto de daño al concepto de peligro de daño (o riesgo) como no sería posible entonces sancionar delitos de peligro, por ejemplo.

De otro modo, si el presupuesto básico es el daño -entendido siempre como la lesión de un bien protegido- el riesgo (o peligro) que corran los objetos protegidos no debería interesar aquí, dado que los daños no se concretaron, quedaron en un riesgo valorado *ex ante*. Con lo cual si *ex post*, no hay nada, esto es hay una ausencia del resultado, las tentativas deberían quedar impunes. Así, quienes defienden y cuestionan la validez constitucional de los delitos de peligro debería reconsiderar bajo ese estándar estricto de evaluación la consideración de las tentativas.

Esta laguna que advierto en las posiciones de quienes sostienen una teoría de la responsabilidad penal preventiva, sólo puede ser remediada mediante mi propuesta de considerar el riesgo como el verdadero elemento relevante de una teoría enmarcada en la prevención. El riesgo en esta medida, mantiene en forma invariable el concepto central de la prevención: valorar las conductas siempre en un mismo momento *ex ante*²⁰.

Por otra parte, el riesgo es fundamental para lograr armonizar el fundamento filosófico que sostiene una teoría de la responsabilidad penal, basada en la prevención de daños a terceros (o prevención general positiva). La responsabilidad por el riesgo de las conductas, cumple con el objetivo de *prevenir* daños a terceros, dado que la sanción se aplicaría siempre por la evaluación del peligro que lleva en sí mismo el comportamiento realizado, sin perjuicio de si se produce o no el resultado.

En efecto, no sería correcto –al menos para responsabilizar a algún individuo penalmente- efectuar valoraciones *ex post*, sólo en los casos en los que se concretara el resultado. Acerca de esta cuestión, el mensaje que emanaría de la norma sería: “No intentes realizar esta conducta, pues si lo haces serás sancionado y luego si al realizar la conducta produces un resultado dañoso recibirás también un castigo mayor”. Considero que si se trata de prevenir daños, solamente deberían responsabilizarse todas aquellas conductas riesgosas valoradas objetivamente, independientemente de que produzca o no el resultado lesivo. Es por ello que cuando se habla de creación (no permitida) de un riesgo como presupuesto de la responsabilidad penal, no se está exigiendo solamente la creación de un peligro, sino una creación de peligro objetivamente cognoscible, una creación de peligro tal que habría sido conocida *ex ante* por un espectador

²⁰ De otra opinión BURKHARDT (2004). Expresamente en contra de Burkhardt y a favor de una evaluación *ex ante*, aunque con fundamentación diversa a la que aquí se propone ver FRISCH (2004).

razonable²¹. Así, la información acerca de la lesión que podría provocar el disparo con un arma de fuego a un individuo situado a un metro de distancia, es un dato social que existe y que no necesita del resultado para ser comprobado; ésta de por sí es una acción riesgosa que pone en peligro la vida de una persona, y por la tanto, aquí ya debería intervenir el sistema penal. Por otra parte, de acuerdo a los presupuestos fijados en un comienzo, la determinación del resultado en nuevas formas de comisión delictiva e.g. delitos ambientales y económicos, es muy conflictiva. Así, el momento en el que se produce la afectación, cómo se produce la afectación, y por último qué es lo que se protege en un delito de contaminación ambiental es algo que el derecho penal no ha podido determinar aún desde una óptica netamente *resultatista*, al menos, con un grado de certeza plausible. Sin embargo y más allá de estas consideraciones generales, me interesa concentrarme sólo en los delitos de peligro.

A mi juicio y adelantando mi posible posición respecto de esta aparente tensión irresoluble entre el principio constitucional de reserva y el principio de riesgo -que pretende evitar la consumación de los daños a través de la prevención- entiendo que es posible fijar un límite infranqueable a partir del concepto de autonomía personal, garantizado por la idea de neutralidad estatal que caracteriza al liberalismo político. Esta afirmación no está exenta de diversos matices.

3.2. Autonomía

Acerca de la autonomía, mucho es lo que se ha escrito²². Sin embargo debo precisar que en una sociedad justa, las libertades básicas se dan por sentadas, y los derechos, son asegurados por la justicia; los mismos no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales²³, por lo cual las expectativas que se originen en el Estado, no pueden interferir, con las elecciones individuales de los individuos, ni siquiera en circunstancias extremas. En este sentido, puedo argumentar en favor de cualquier decisión que puedan tomar los hombres con la libertad de voluntad suficiente como para poder ser responsables luego de las consecuencias de sus actos²⁴. Cualquier individuo tiene que poder tener -dentro del abanico de las posibilidades existentes- la posibilidad de dirigir su destino hacia sus propios intereses para conformar su plan de vida como mejor le parezca²⁵.

Esta libertad entendida como un derecho fundamental, para ser eficaz, debe ser reclamada al Estado, enfáticamente, sobre todo si se trata de un Estado de características liberales²⁶. La posibilidad de elegir un determinado plan de vida libremente, y que la autonomía individual se erija como un límite infranqueable por parte del Estado, aparece indefectiblemente como uno de los derechos que los ciudadanos deben poder exigir en su cumplimiento al propio Estado²⁷. Estos dos conceptos son fundamentales para evitar cualquier tipo de responsabilidad jurídica que involucre implícitamente una valoración desde una moral colectiva de las acciones, la cual expresamente violaría el principio de imparcialidad que debería regir cualquier Estado liberal²⁸.

²¹ Esta idea está en BURKHARDT (2004). p. 157. Sin embargo y debido a la confusión entre los aspectos objetivos y subjetivos en la evaluación de riesgos Burkhardt sostiene que esta formulación termina siendo superflua, véase p. 165. Sin embargo, la forma de evaluar de este espectador objetivo contiene una serie de matices cuyo estudio en la dogmática penal es por demás confuso e insuficiente.

²² NINO (1989). Para un análisis crítico de este texto ver ALEXY (1997), pp. 187-217.

²³ RAWLS (1971), p. 27 y 28.

²⁴ DUFF (2002), p. 147 y pp. 149-150; ASHWORTH (2003), p. 28.

²⁵ En esta dirección, expone Feinberg que no es necesario que la excelencia y la felicidad siempre coincidan, no hay una imposibilidad de que personas de moralidad "inferior" puedan ser felices y excelentes personas "miserables", dado que cada uno debe marcarse sus propios estándares de vida ver FEINBERG (1977), p. 285 y nota 1, p. 288.

²⁶ DUFF (2002), p. 150.

²⁷ En esta línea de pensamiento, Thomas Nagel sostiene que, la diferencia entre los derechos morales y los derechos legales consiste en que la existencia de los derechos morales no depende de su reconocimiento político o de su imposición, sino más bien de si existe una justificación decisiva para incluir esas formas de inviolabilidad en el estatus de cada miembro de la comunidad moral, ver NAGEL (1995), pp. 83-107.

²⁸ NAGEL (1991). Nagel refiere específicamente que "*La auténtica posición liberal (...) se compromete a rechazar el uso de la fuerza del Estado para imponer de manera paternalista sobre sus ciudadanos una buena vida concebida de manera individualista*", p. 65.

Es relevante comprobar las intuiciones que rigen la propuesta a partir de su evaluación en relación al examen de proporcionalidad. Esto consiste en ponderar por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la aplicación del principio del riesgo, y por otro lado los principios que ordenan la protección de los objetos de tutela que respaldan la intervención legislativa. En esta medida, el examen de proporcionalidad, puede ser utilizado como la referencia obligada para establecer un límite a la restricción de los derechos fundamentales, incluso a la imposición de comportamientos virtuosos, tal como ha ocurrido en los intentos de imposición del perfeccionismo moral.

Al respecto, la aplicación del principio del riesgo como elemento central en una teoría orientada hacia la prevención del daño, no necesariamente debe ser pensada como una forma de sanción más intensa, en términos del aumento en la escala penal respectiva o de la aplicación de penas más altas. La imposición preventiva de una sanción, previa a la concreción del resultado dañoso, puede darse a partir de sanciones con carácter penal (penas) o no, esto depende de la infracción de que se trate.

Asimismo, en caso de que se trate de una sanción penal, no tiene porque ser gravosa. La idea de la prevención general pensada a través de la imposición de sanciones duras tendientes a lograr de esta forma el desincentivo del infractor es errada. En cambio, me parece correcto lograr el abandono de ciertas prácticas a través de la imposición de sanciones siempre que se configure una infracción, por más pequeña que sea. A modo de ejemplo: podrían sancionarse todas las infracciones de tránsito que se lleven a cabo en una esquina elegida aleatoriamente sin que esta circunstancia suponga una violación al principio de reserva. Por ello, la evaluación del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene como objetivo determinar en qué medida y de qué forma implementar el principio del riesgo.

En definitiva, tal como he señalado previamente, no es necesario asociar en todos los casos en donde se presentan delitos de peligro, la posibilidad latente de que detrás de una norma que sancione riesgo se encuentre la posibilidad de imponer un Estado perfeccionista. El análisis que puede efectuarse a través de la ponderación no arrojaría en todos los casos resultados tales que, en cualquier circunstancia habría una limitación tal, que debería prevalecer el principio de autonomía personal. Está claro que en circunstancias en las que se pretenda limitar libertades individuales basándose en principios morales generales, como los que han regido en tiempos pasados, cada caso arrojará una decisión diferente.

4. Conclusión

Como he intentado mostrar, la utilización dogmática de un principio constitucional como el llamado principio de daño, puede llevarnos a un camino equivocado. Es notable que las preocupaciones que surgen acerca de la criminalización de determinadas conductas vinculadas a la criminalidad económica y ambiental sólo obtengan como respuesta una negación a su incorporación al derecho penal como un modo de preservar esa interpretación equivocada del principio de daño. Como mostré, su ampliación es bien clara en la sanción de las tentativas, por lo que la negativa a su aplicación en los llamados delitos de peligro no puede basarse en ese fundamento. En otras palabras, si una legislación penal en una democracia liberal acepta la posibilidad de castigar delitos tentados (prescindiendo del resultado) no parece que existan buenas razones para apelar al principio de daño para limitar la criminalización de los delitos de peligro. Por lo demás, el segundo argumento que tiende a negar esa ampliación se vincula con una supuesta distorsión que sufriría nuestro estado de derecho, si decidieramos legislar delitos de peligro. Detrás de este argumento moral, se esconde una ponderación no explícita entre el principio de daño y el principio de autonomía personal. Al parecer en todos los casos imaginables cualquier norma que pretenda sancionar los riesgos que corran los bienes jurídicos, tienden a avanzar sobre la autonomía personal de los ciudadanos. Esto, debe ser materia de discusión constitucional, a través, según lo que aquí se propone de el examen de proporcionalidad, cuyo análisis será más amplio y receptorá en cada caso la mejor respuesta posible. No es posible ni

deseable sacar conclusiones generales para la discusión de una gran cantidad de conductas que pueden incluirse dentro de los llamados delitos de peligro. Si bien, apelar al examen de proporcionalidad nos llevaría a resolver situaciones de una forma particular, el análisis caso a caso nos va a permitir no comprometernos, innecesariamente con una solución irrazonable. Existen ciertos delitos de peligro que podemos rechazar porque se proponen violar la autonomía de las personas (e.g uso de drogas con fines recreativos), pero también podemos aceptar que existen peligros que tenemos razones para criminalizar (e.g. contaminación ambiental) En este sentido, la idea de que se expande el derecho penal y que debemos oponernos a ello, solo responde a una afirmación dogmática que no tiene un fundamento concreto. En ocasiones, criminalizar ciertas conductas puede ser necesario, por distintas razones, mientras que en otros casos no. Mi argumento intenta sostener la idea de que el límite debería estar marcado por la autonomía personal lo cual permitiría distinguir entre distintos tipos de casos²⁹.

Esta propuesta de trabajo tiende a instalar una discusión cerrada por la dogmática penal y además una nueva posibilidad de analizar nuevos argumentos a través del amplio marco que nos brinda para ello la ponderación de principios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, ROBERT (1986): *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag).
- ALEXY, ROBERT (1997): “Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte”, en: Burkhardt Ziemse, Theo Langheid, Heinrich Wilms y Görg Haverkate (Eds.) *Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele* (Beck, München), pp. 187-217.
- ALEXY, ROBERT (2007): “Sobre los Derechos Constitucionales a protección”, en: Ricardo Garcia Manrique (Coord.), *Derecho Sociales ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 45-84.
- ASHWORTH, ANDREW (2003): *Principles of Criminal Law*, 4th edition (Oxford, Oxford University Press).
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^a edición (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BOROWSKI, MARTIN (1998): *Grundrechte als Prinzipien* (Baden-Baden, Nomos).
- BURKHARDT, BJÖRN (2004): “Conducta típica y perspectiva ex ante: a la vez una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”, en: Jürgen Wolter y Georg Freund (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 153-192.
- CLÉRICO, LAURA (2001): *Die Struktur der Verhältnismässigkeit* (Baden-Baden, Nomos).
- CLÉRICO, LAURA (2008): “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en: Miguel Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), pp. 125-173.
- DUFF, R.A. (2002): “Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?”, en: *Buffalo Criminal Law Review* (Vol. 6), pp. 147-184.
- FEINBERG, JOEL (1977): “Harm and Self-Interest”, en: P.M.S. Hacker y Joseph Raz (Eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart* (Oxford, Oxford University Press), pp. 285-308.
- FRISCH, WOLFGANG (2003): “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur un Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en: Roland Hefendehl, Andreas von Hirsch y Wolfgang Wohlers (Eds.), *Die Rechtsgutstheorie* (Baden-Baden, Nomos), pp. 215-238.

²⁹ Agradezco al/la evaluador/a anónimo/a que me sugirió profundizar algunos puntos de las conclusiones.

FRISCH, WOLFGANG (2004): "Delito y Sistema del Delito", en: Jürgen Wolter y Georg Freund (Eds.), El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal (Madrid, Marcial Pons), pp. 193-280.

LOPERA MESA, GLORIA (2006): Principio de proporcionalidad y ley penal (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

LOPERA MESA, GLORIA (2008): "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en: Miguel Carbonell (Comp.), El principio de proporcionalidad en el estado constitucional (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia), pp. 269-306.

NAGEL, THOMAS (1991): Equality and Partiality (Oxford, Oxford University Press).

NAGEL, THOMAS (1995): "Personal Rights and Public Space", en: Philosophy & Public Affairs (Vol. 24, Nº 2), pp. 83-107.

NINO, CARLOS (1980): Los límites de la responsabilidad penal - Una teoría liberal del delito (Buenos Aires, Astrea).

NINO, CARLOS (1991): Ética y derechos humanos, 2ª edición ampliada y revisada (Buenos Aires, Astrea).

RAWLS, JOHN (1971): A Theory of Justice (Cambridge, Mass, Harvard University Press).

SAMSON, ERICH (1972): Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht (Frankfurt am Main, Keip).

SANCINETTI, MARCELO (2005): Casos de Derecho penal. Parte general, 3ª edición reelaborada y ampliada (Buenos Aires, Hammurabi), tomo 1.

VON HIRSCH, ANDREW (1993): Censure and Sanctions (Oxford, Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

BVerfGE, 30, 292 (316)

BVerfGE, 37, 1 (21 ss.)

BVerfGE, 39, 210 (230)

BVerfGE, 51, 193 (208)

BVerfGE, 63, 88 (115)

BVerfGE, 67, 157 (173)

BVerfGE, 70, 1 (26)

BVerfGE, 70, 278 (286)

BVerfGE 78, 77 (86)

BVerfGE, 79, 256 (270)

BVerfGE, 81, 156 (192)

BVerfGE 90, 145 (185)