

# Sobre los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad

Gino Gianoli<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Principio de reserva. III.- Principio de lesividad y proporcionalidad. IV.- Principio de culpabilidad. V.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. VI.- Conclusión. VII.- Fuentes.

**RESUMEN:** El artículo confronta los delitos de peligro abstracto con los principales principios del ordenamiento jurídico penal a los fines de determinar si éstos se adecúan o no al orden constitucional de nuestro país. Posteriormente, se realiza un análisis de los giros jurisprudenciales que ha realizado nuestra Corte Suprema de Justicia en torno a uno de los delitos de la clase analizada, la simple tenencia de estupefacientes para consumo personal, teniendo en cuenta para esto los fallos “Bazterrica”, “Montalvo” y “Arriola”.

**PALABRAS CLAVE:** delitos de peligro, peligro abstracto, constitucionalidad, principios, ámbito de reserva, fallo “Arriola”.

## I.- Introducción

El derecho penal, como bien sabemos tiene como objetivo procurar la protección de bienes jurídicos, y lo hace mediante la tipificación de acciones punibles. Ante esta pretensión de protección, no solo se encuentran receptadas como delitos acciones que lesionen alguno de los bienes enumerados en la parte especial de nuestro código penal (arts. 79, 80, 89, 119, 140, solo por nombrar algunos), sino también, aquellas acciones que el ordenamiento jurídico entiende

---

<sup>1</sup> Gianoli, Gino: Estudiante de Derecho, UNC. Ayudante de cátedra de la cátedra B de Derecho Penal 1.

como idóneas para causar un resultado lesivo, prescindiendo de la efectiva realización de este resultado en el caso en concreto.

En base al criterio expuesto, podemos dividir a la totalidad de los delitos en delitos de lesión, y delitos de peligro o de mera actividad (entre estos podemos nombrar los arts. 108, 189 bis, o 190 primer párrafo). Pero esta última categoría, puede a su vez subclasificarse en delitos de peligro concreto, y delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro concreto, son aquellos cuyas conductas tipificadas, si bien no lesionan al bien jurídico protegido, si lo ponen en riesgo. Siendo aptas por sí mismas para provocar un resultado disvalioso en el caso en concreto, pero el cual, no es requisito para la configuración del tipo.

Por último, llegamos a los delitos que son el tema a tratar en este trabajo, los delitos de peligro abstracto. Podemos definir a esta clase de delitos como conductas tipificadas que se presentan como presuntamente peligrosas, pero que no lesionan ningún bien jurídico ni lo colocan en un peligro evidente, por lo que tampoco tienen un sujeto pasivo determinado.

Muchos doctrinarios se han expresado en torno a una definición de los delitos de peligro abstracto, entre ellos:

Fontán Balestra nos dice, “en los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una acción idónea para causar peligro”; en el mismo sentido Creus afirma “tiene idoneidad para amenazar el bien jurídico protegido, aunque el peligro no se hubiese corrido efectivamente en el caso concreto”. En ellos, nos dice Mezger “tal peligro se presupone como motivo establecido por el legislador y, por consiguiente, no aparece especialmente en el tipo penal”. Creus acertadamente opina que “en ellos el legislador considera que la acción en sí constituye ya un peligro para el bien jurídico, aunque no se acredite que lo haya corrido efectivamente”.

Podemos concluir entonces, que estamos ante una ficción jurídica, una presunción *iuris et de iure*, en la que el legislador dota a determinadas acciones de idoneidad para producir un peligro, por más que ello no suceda en el caso en concreto.

El peligro del que estamos hablando ha sido definido por Nuñez como “la amenaza de daño para el bien protegido por la ley. La amenaza de daño no es la simple posibilidad de que el daño suceda, pues para hablar de una amenaza no basta

que la producción de un mal no sea imposible. La amenaza constituye el peligro, es la posibilidad de que el daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el comportamiento del autor. Esta probabilidad existe si esa es una consecuencia que se produce normalmente”

El autor, refiere al concepto de idoneidad. En los delitos de peligro abstracto, no es necesario que la conducta punible sea idónea en el caso en concreto para lesionar el bien jurídico. Lo que sucede aquí es que se adelanta el poder punitivo del Estado, ampliando las conductas punibles desde aquellas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos que el derecho penal pretende proteger, hasta otras que la ley presume en abstracto que generarán ese peligro. Es decir, que potencialmente pondrían en peligro a un bien jurídico, bien podríamos llamarlos delitos de peligro de causar un peligro a los fines de graficar cuán lejos ha llegado el *ius puniendi* en el *iter criminis*.

El objeto que me propondré en el desarrollo de estas páginas es determinar si resulta legítimo, conforme a las garantías consagradas en el bloque constitucional y los principios por los que debe regirse un derecho penal propio de un Estado de Derecho, ampliar la ratio del derecho penal hasta ese punto.

## **II.- Principio de reserva**

En este marco, es que el primer límite al *ius puniendi* que desafían los delitos de peligro abstracto es el principio de reserva, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 19. - 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.

Con vistas en el artículo precedentemente citado, nos toca ahora determinar el alcance que debe darse al concepto de “acciones privadas”. Se exige aquí, al menos, un conflicto jurídico para la intervención de la ley penal. Esto es, la afectación de un bien jurídico determinado, ya sea esta individual o colectiva, en forma más o menos concreta, total o parcial.

Lo contrario, sería legitimar la aplicación de la ley penal incluso en casos en los que no haya derecho afectado. De este modo, podríamos concluir que acción privada

en el sentido del art. 19, será aquella que acabe en la esfera personal de quien la realiza, no llegando a afectar a terceros, y por lo tanto inidónea para producir lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

Entendiendo de este modo al artículo 19, resulta más que claro que un tipo penal que prescindiera de una efectiva puesta en peligro de un bien jurídico determinado en el caso en concreto para penar una conducta, sería contrario al espíritu de la Constitución. Así, la presunción *iure et de iure* que se efectúa en los delitos de peligro abstracto, resulta inadmisibles. Debiendo el legislador, “esperar” en el *iter criminis* a la comprobación de la afectación de un bien jurídico para la criminalización de la conducta.

Si bien nadie discute que el derecho penal debe cumplir con una función de prevención, esta no puede conseguirse mediante el avasallamiento de los límites que nuestra constitución le impone al poder punitivo del Estado como garantía de los justiciables.

### **III.- Principio de lesividad y proporcionalidad**

El primero de estos principios, está dirigido exclusivamente a que el poder coercitivo únicamente podrá actuar cuando un bien jurídico protegido se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen que “esta opción constitucional se traduce en el Derecho Penal en el principio de lesividad, según el cual ningún Derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”.

De este modo, se castiga la mera transgresión de la norma, prescindiendo de la concurrencia de lesión – o peligro de lesión- la cual simplemente se presupone, sin posibilidad de admitir prueba en contrario de que, en el caso en concreto, no exista.

En cuanto al principio de proporcionalidad, busca que no se imponga una pena desmedida, o se imponga una pena al antojo del juzgador, sino que la misma debe guardar una estrecha relación con la lesión causada al bien jurídico protegido o, en el caso de los delitos de peligro, con el grado de amenaza sufrido por encontrarse

expuesto a un peligro concreto de ser dañado o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado.

Resulta sumamente difícil determinar cuál sería una sanción proporcional al peligro causado en un delito de peligro abstracto, puesto que, en ellos, ni siquiera existe peligro de lesión al bien jurídico protegido, y, por lo tanto, no existe punto de comparación. ¿Cuál es una pena proporcional a una acción que en el caso en concreto es inidónea para poner en peligro o lesionar bien jurídico alguno? La respuesta necesariamente deberá ser ninguna.

Como bien nos dice Rodríguez Montañés, “se castiga una conducta por su peligrosidad abstracta o general, sin serlo en el caso concreto, **de este modo**, se vulnera, la exigencia de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuricidad material. En estos delitos no existiría ni desvalor de resultado, ni desvalor objetivo de acción”, el resaltado me pertenece.

Concluimos entonces, que al no contener las acciones tipificadas como delito de peligro abstracto un desvalor objetivo que sea susceptible de afectar derecho alguno, o que son inidóneas para afectar los derechos que el legislador pretende proteger, no podrá imponérseles ningún tipo de pena sin desconocer el principio de lesividad.

Así como, la pena proporcional para una acción que, en el caso en concreto, no produce peligro alguno, debe necesariamente ser la ausencia de pena. Por lo tanto, y de acuerdo a este razonamiento, ante la imposición de cualquier clase de pena, también el principio de proporcionalidad se vería afectado.

#### **IV.- Principio de culpabilidad**

Al tratarse los delitos analizados de conductas típicamente peligrosas, sin que sea necesario que exista una puesta en peligro en el caso en concreto, es decir, que su concurrencia no sea un requisito del tipo. Pueden fácilmente colisionar con el principio de culpabilidad.

Este principio, excluye la legitimación de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y toda aquella que exceda la gravedad equivalente a la misma. Se vulnera este principio en los delitos de peligro abstracto, en cuanto en lugar de reprochárseles a los sujetos por la lesión o puesta en peligro

de los bienes jurídicos tutelados, lo que se les reprocha es una conducta que es por sí misma inidónea para configurar una lesión o un peligro de lesión al bien jurídico que el legislador pretende proteger. De este modo, la conducta reprochada no resulta culpable, simplemente es el resultado del modo en que los individuos deciden conducir sus vidas. Debiendo estos ser libres de hacerlo de la forma que les parezca siempre que no afecten los derechos de terceros. Al punir estas conductas inofensivas, estamos ante un cambio de paradigma, del derecho penal de hecho que debiera ser el único admisible en un Estado liberal y democrático de derecho, hacia un derecho penal de autor.

Este cambio de paradigma, nos resulta aún más visible en aquellos casos en que los delitos que tratamos resultan “contrarios a la moral” -ver el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal-.

## V.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Para analizar la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, me enfocaré en un delito de peligro abstracto en particular por el amplio tratamiento jurisprudencial del que goza. Me refiero a la simple tenencia de estupefacientes receptada en el artículo 14 de la ley 23.737.

*Art. 14 — Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.*

*La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.*

La jurisprudencia de la Corte, con respecto al alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” que analizamos al tratar el conflicto entre los delitos de peligro abstracto y el artículo 19 de la Constitución, y con relación al bien jurídico protegido “salud pública”, lejos está de ser pacífica.

En 1986, en el fallo “BAZTERRICA, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes” (Fallos: 308:1392), la corte ha tomado, en mi opinión, una correcta postura en torno al amplio alcance que debe otorgársele a las acciones privadas del artículo 19. Posteriormente, en 1990, en el fallo “Montalvo, Ernesto Alfredo” (Fallos: 313:1333), la Corte se apartó de la doctrina fijada en Bazterrica para inclinarse por la criminalización de la tenencia para consumo personal.

Finalmente llegamos al fallo “Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080”, donde nuestro máximo tribunal regresa sobre sus pasos, apartándose de Montalvo y afianzando la respuesta constitucional dada en Bazterrica.

Cabe destacar que si bien no desconozco la existencia de otros importantes precedentes como son “Colavini” en 1978 (Fallos: 300: 254), “Roldán” (Fallos: 301: 637), “Valerio” (Fallos 303: 1205), “Jury” (Fallos: 304: 1678), “Maldonado” (Fallos: 305: 137) o “Capalbo” (Fallos: 308: 1392), me enfocaré a los fines de analizar el tema en los tres casos que nombré en los párrafos anteriores.

En el fallo Bazterrica, en el considerando 8° del voto mayoritario, dice la Corte, “... Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros.”

Solo pudiendo el legislador regular las acciones de los hombres que afecten por sí mismas esta ética colectiva. Más adelante en el mismo considerando, la Corte dice “... La referida norma (**art. 19 CN**) impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros”

Respetando esta simple regla, que las únicas acciones punibles son, no aquellas que solo se exteriorizan, sino aquellas que al exteriorizarse salen de la esfera privada del hombre creando un conflicto jurídico al lesionar o poner en peligro de ser lesionado a un bien jurídico protegido por el derecho penal, el legislador la corte debe garantizar como bien lo ha hecho en “Bazterrica” y como también lo ha hecho como veremos en “Arriola”, el más reciente precedente, la plena vigencia del derecho de reserva y de todos los demás principios rectores del derecho penal que lo interpelan en protección de los justiciables.

El doctor Enrique Santiago Petracchi, en el considerando 7° de su voto, nos dice, “no se pueden sancionar penalmente acciones que solo se refieran a la moral individual, y es requisito para la intervención de la ley penal, que se afecten bienes privados o colectivos, incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico.

... si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo...”

Tal y como vengo afirmando a lo largo de todo el artículo, la Constitución Nacional, no permite al legislador punir conductas a su gusto, sino que le establece límites. Toda garantía en favor de los justiciables debe ser vista a su vez como un límite al poder punitivo del Estado, y el artículo 19 no es la excepción. Limite éste que no puede ser obviado con miras en cumplir más fácilmente las funciones de protección y prevención que debe cumplir el derecho penal.

Al punir la simple tenencia de estupefacientes, el Estado pretende utilizar el derecho penal a los fines de coaccionar a los individuos a la hora de decidir el modo en que estos deben conducir sus vidas bajo pena de ser castigados como verdaderos criminales, aun cuando en su accionar, los justiciables no afecten de ningún modo a los terceros. Intenciones típicas de un Estado perfeccionista, e inadmisibles en un Estado liberal como el que nuestros constituyentes han diseñado.

En este sentido nos dice el doctor Petracchi en el considerando 11° de su voto concurrente, “... las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, es decir por su inclusión en una norma jurídica. – **¿Ante qué clase de garantía nos encontraríamos si el legislador con su sola voluntad pudiese suprimirla? El concepto de acciones privadas no puede ser “todas aquellas conductas no reguladas por la ley”, de lo contrario, el Estado estaría legitimado para ampliar o reducir la esfera privada que el art. 19 busca proteger.** – Tampoco dejan de ser privadas las acciones de alguien por el hecho contingente de que haya otras personas realizando la misma conducta – **De lo contrario, se estaría supeditando la naturaleza de la conducta de un individuo a lo que hagan o dejen de hacer los demás integrantes de su comunidad, interpretación claramente violatoria del principio de culpabilidad, rector de todo el derecho penal que sostiene el ordenamiento jurídico vigente.**– Si se sostuviere cualquiera de estas dos tesis, como parece surgir, por ejemplo, de las argumentaciones que para el caso de la tenencia de estupefacientes efectúa parte de la doctrina en favor de la prohibición, se estaría afirmando que la primera parte del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte segunda, es decir, que nadie estará obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.” El resaltado me pertenece.



Cuatro años después de “Bazterrica”, la Corte efectuó un giro jurisprudencial en “Montalvo”, donde avaló la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, retomando la doctrina que había sostenido en “Colavini”.

En este fallo, como bien dije, la Corte cambia la interpretación realizada en “Bazterrica” en desmedro del alcance que corresponde otorgarle al ámbito privado de los hombres reconocido en la Constitución. En el considerando 11° del voto mayoritario, la Corte dijo: “...Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto - **art 19 CN**- no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales -en el sentido indicado- en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que “de algún modo” cierto y ponderable, tengan ese carácter. (...) El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas “consecuencias” en algunos casos, que es lo que, con toda evidencia sucede en las situaciones a que se refiere esta causa”.

Interpretar de un modo tan restrictivo la garantía del art.19, implica en primer lugar, que se realice una analogía in malam partem en aquellos casos en que las acciones de ningún modo puedan generar las consecuencias disvaliosas que la norma pretende evitar. Y, por lo tanto, aun asumiendo hipotéticamente que solo en algunos casos la simple tenencia de estupefacientes sea idónea para generar consecuencias disvaliosas, no puede establecerse una presunción iure et de iure de que en los demás casos también se generarán dichos efectos. Vista de este modo, la interpretación de la norma aquí realizada por la Corte no parece ser concordante con el principio de in dubio pro reo.

En segundo lugar, si se admitiera esta interpretación, prácticamente lo único que podría incluirse dentro de la esfera privada del art. 19, serían los pensamientos y los actos internos no exteriorizados, puesto que resulta muy difícil imaginar una conducta que una vez exteriorizada, “de ningún modo” pueda generar consecuencias disvaliosas para un tercero, aun cuando esas consecuencias no sean parte de la intención del actor, ni producto directo de su accionar. Siempre será posible encontrar algún supuesto en que pueda atribuirse a esa conducta una consecuencia disvaliosa.

Como bien nos dice el doctor Petracchi en el considerando 5° del voto minoritario, “... la citada norma constitucional al referirse a las conductas que de ningún modo ofendan derechos de terceros o al orden o la moral pública no deja fuera de su ámbito de protección a aquellas acciones que tengan algún tipo de repercusión en el medio social, pues resulta difícil imaginar una conducta humana, de alguna relevancia, que carezca de esa virtualidad.

En realidad, no es cualquier efecto sobre el mundo exterior lo que autoriza la intervención estatal, sino el daño o el peligro concreto respecto de derechos o bienes privados o públicos, los cuales deben ser claramente caracterizados por el legislador.”

Entonces, donde la constitución dice “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, nosotros debemos entender que refiere a aquellas acciones que de ningún modo lesionen ni pongan en peligro concreto al orden y a la moral pública ni a los derechos de terceros.

Otro de los argumentos que da la Corte en este caso es que “... la importancia de los bienes tutelados por el art. 6º de la ley 20.771 determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás” (considerando 13 del voto mayoritario).

Comete aquí la Corte, el grave error de asumir que debe ser el derecho penal el medio del Estado para imponer sus intereses a la comunidad, concepción como dije anteriormente, propia de un Estado perfeccionista y opuesta a nuestro sistema liberal.

Si al Estado le interesa que los ciudadanos no consuman estupefacientes, debe utilizar los medios adecuados para difundir esta idea en la población y concientizar sobre los daños que genera el consumo. Pueden realizarse jornadas informativas en las escuelas, campañas publicitarias advirtiendo del peligro que contraen estas adicciones, entre una infinidad de posibilidades que existen para que el Estado haga conocer su voluntad sin reprimir a quienes no comparten sus mismos valores morales y deciden, sin afectar a ningún tercero, consumir estupefacientes en el ámbito de su intimidad. De ningún modo es el medio la represión mediante el derecho penal de una conducta que en sí misma, no ha dañado ni puesto en peligro a nadie el adecuado para dar a conocer el interés del Estado.

La tentativa de suicidio no está tipificada como delito en nuestro Código Penal, y, sin embargo, nadie se atrevería a decir que al Estado no le interese que sus ciudadanos intenten suicidarse.

Por último, el más importante argumento esgrimido por la Corte para desconocer en “Montalvo” el precedente sentado en “Bazterrica” y volver a la criminalización de la tenencia por la que había optado en el año 1978 en el fallo

“Colavini”, es el argumento utilitarista. Presentando al tenedor de estupefacientes como un medio para combatir el narcotráfico.

Si bien la evidencia ha demostrado que este no es un medio efectivo, y en mi opinión, tampoco es fácilmente conciliable con el principio de culpabilidad.

Si con anterioridad a la reforma de 1994 el argumento utilitarista era de dudosa constitucionalidad, con ella y con la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad no caben dudas al respecto y así lo dijo la Corte en el fallo “Arriola” en 2009.

Aquí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vuelve a la doctrina que había sentado en “Bazterrica” por considerarla más adecuada al nuevo marco normativo que introdujeron los tratados de derechos humanos al nuevo bloque de constitucionalidad con la reforma del '94.

Considerando los principios de dignidad del hombre y pro homine, no cabe dudas que la correcta interpretación del alcance que debe otorgársele a las acciones privadas de los hombres es la realizada en “Bazterrica”. Como bien sostuvo el voto mayoritario en el considerando 22 del fallo “Arriola”, “...debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.”

Por último, y para finalizar esta breve reseña sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabe destacar la aclaración que realiza en el considerando 27 del voto mayoritario, “... la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga"”. Puesto que ello no es lo que está en debate. El conflicto versa sobre el alcance que debemos otorgar al artículo 19 de nuestra Carta Magna, y acerca de la potestad del Estado de ejercer el iuspuniendi sobre conductas que no lesionan ni ponen en peligro los derechos de ningún tercero. Es por ello que en el considerando 29 del mismo voto, la Corte aclara que “...Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.”

Si bien el fallo “Arriola” trata sobre la tenencia de estupefacientes, el Dr. Lorenzetti en el considerando 11 de su voto nos brinda criterios de juzgamiento que, según entiendo, son extrapolables a todo delito de peligro abstracto.

“...A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.

C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.

D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...”

Siguiendo estos criterios de juzgamiento, debería ser tachada de inconstitucional toda conducta tipificada por el Código Penal que en el caso en concreto no hubiere producido una lesión ni un peligro de lesión para el bien jurídico que la norma pretendía proteger. Así, resulta igual de inconstitucional punir a quien tienen un rifle sin registrar colgado en el living de su casa, o quien corre una picada en un circuito cerrado sin autorización.

## **VI.- Conclusión**

Podemos concluir entonces, que los delitos de peligro abstracto representan una presunción *iuris et de iure*, que no puede admitirse dentro del derecho penal, puesto que con ella se lesionan principios receptados constitucionalmente sobre los que debe erigirse la totalidad del ordenamiento jurídico de un Estado liberal de derecho. Con estas presunciones se ven afectados los principios de lesividad, reserva y culpabilidad como expuse al inicio de este trabajo.

Además, constituyen un retroceso en cuanto a los límites que se le establecen al *ius puniendi*, siendo tarea infranqueable de los magistrados el garantizar a la población la plena vigencia de estos principios como bien lo ha hecho nuestro máximo tribunal en “Arriola”.

Si bien el control de legitimidad de las normas es una tarea que deben realizar los jueces, no podemos dejar de mencionar a los legisladores que son quienes deben asegurarse de dictar normas constitucionales en primer lugar. Nuestro Congreso debe adecuar la legislación a estos principios sin necesidad de esperar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas por parte de un tribunal. Así como también, debe utilizar al derecho penal para lo que fue creado, tutelar bienes jurídicos y asegurar de este modo la convivencia pacífica de la sociedad. Por lo tanto, los fines de prevención que puede proponerse alcanzar el legislador, deberán limitarse a punir las lesiones a estos bienes jurídicos y las puestas en peligro concretos que estos sufran. De ningún modo resultará admisible la punición de momentos del iter criminis que carezcan de idoneidad para producir un peligro concreto.

Me parece adecuado finalizar el presente ensayo parafraseando a Von Liszt “el derecho penal termina donde desaparece el peligro concreto”.

## VII.- Fuentes

- Fontán Balestra, Carlos. “Tratado de Derecho Penal”. Ed. Abeledo-Perrot 2º edición, Buenos Aires, 1995, Tomo I.
- Creus, Carlos. “Sinopsis del Derecho Penal Parte General”. Ed. Zeus, Rosario, 1977.
- Mezger, Edmund. “Derecho Penal libro de estudio Parte General”. Ed. Din 6º edición, Buenos Aires, 1989.
- Creus, Carlos. “Derecho Penal Parte General”. Ed. Astrea 5º edición, Buenos Aires, 2004.
- Nuñez, Ricardo. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Ed. Marcos Lerner 4º edición, Córdoba, 1999.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte general”, Ed. Ediar, 2ª ed. Bs. As. 2003.
- Lucas Yancarell, Los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad. ([https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos\\_peligro.htm#\\_ftnref1](https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_peligro.htm#_ftnref1)).
- Francisco Figueroa, Delitos de Peligro “El regreso al Derecho Penal Inquisitivo”, 2010 (<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/10/doctrina37432.pdf>).

- María Ángeles Ramos, Sebastián Sanáis Libro “Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal”, 2013. ([http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140202-ramos-delitos\\_peligro\\_principio\\_lesividad.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140202-ramos-delitos_peligro_principio_lesividad.htm)).
- Matías Bailone, “La tenencia y portación de armas en el Código Penal. La 25.886 y la fiebre punitiva”. (<http://www.saij.gob.ar/matias-bailone-tenencia-portacion-armas-codigo-penal-25886-fiebre-punitiva-dacf070017-2007/123456789-0abc-defg7100-70fcanirtcod>).
- Javier Alejandro Osio, Libro “Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal”, 2013. ([http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140200-osio-simple\\_tenencia\\_arma\\_fuego.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140200-osio-simple_tenencia_arma_fuego.htm)).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080, 2009.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gustavo Mario BAZTERRICA s/ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES, 1986.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ INF. LEY 20.771, 1990.