

EL CONCEPTO DE RIESGO Y LOS DELITOS ANTICIPATORIOS UNA APROXIMACIÓN ACERCA DE UNA DISTINCIÓN NECESARIA

Gustavo A. Beade¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen.- La propuesta del presente trabajo, es intentar defender la idea de que el criterio central en una teoría preventiva del castigo, debería estar vinculado solamente con el tipo de riesgo que las acciones implican, como así también el grado de peligro que podrían generar a los elementos que el derecho penal pretende proteger. Se pretende sostener que una teoría prevencionista, debería efectuar sólo valoraciones *ex ante*, ello en contra de la constatación de los resultados, lo cual supone una valoración *ex post*, que difiere de la fundamentación propuesta originariamente, esto es la prevención. Así, el objetivo de este trabajo es efectuar, a la luz del principio enunciado, una formulación congruente con los llamados delitos de peligro (o delitos anticipatorios). Se tratará de determinar cuáles de estos delitos anticipatorios deben ser aceptados, y cuales implican un avance del Estado sobre los individuos, mediante la exigencia de comportamientos determinados (en algunos casos *virtuosos*) de parte de estos. El propósito de este trabajo es poder establecer un criterio diferenciador, que permita determinar cuales de estos delitos anticipatorios deben ser aceptados y cuales importan la intervención estatal en esferas propias y exclusivas de los individuos.

Palabras clave.- *derecho penal, prevención, delitos de peligro, riesgo, resultados.*

Abstract.- The proposal of the present work, is to try to defend the idea that the central criterion in a preventive theory of punishment, would have to be tie only with the type of risk that the actions imply, like thus also the danger degree that could generate to the elements that the Criminal Law tries to protect. It is tried to maintain that a preventive theory, would have to carry out only valuations *ex-ante*, it against the establishment of the results, which supposes a valuation *ex-post*, that differs from the originally propose of Criminal Law, this is the prevention. Thus, the objective of this work is to carry out, to the light of the enunciated principle, a consistent formulation with the so calls risk harms (or *remote harms*). One will be to determine which of these remote harms must be accepted, and as they imply an advance of the State on the individuals, by means of the exigency of certain behaviors (in some cases *virtuous*) from these. The intention of this work is to be able to establish a differentiating criterion, that allows to determine which of these *remote harms* must be agreed and which import the State intervention in own and exclusive spheres of the individuals.

Keywords.- *Criminal Law, prevention, remote harms, risk, results.*

*“Todavía soy un docto para los niños, y también para los cardos y las rojas amapolas. Son inocentes, incluso en su maldad. Más para las ovejas he dejado de serlo: así lo quiere mi destino, ¡bendito sea! Pues ésta es la verdad: he salido de la casa de los doctos: y además he dado un portazo a mis espaldas. Durante demasiado tiempo mi alma estuvo sentada hambrienta a su mesa; yo no estoy adiestrado al conocer como ellos, que lo consideran un cascar nueces. Amo la libertad, y el aire sobre la tierra fresca; prefiero dormir sobre pieles de buey que sobre sus dignidades y respetabilidades. Yo soy demasiado ardiente y estoy demasiado quemado por pensamientos propios: a menudo me quedo sin aliento. Entonces tengo que salir al aire libre y alejarme de los cuartos llenos de polvo. Pero ellos están sentados, fríos, en la fría sombra: en todo quieren ser únicamente espectadores, y se guardan de sentarse allí donde el sol abrasa los escalones. Semejantes a quienes se paran en la calle y miran boquiabiertos a la gente que pasa: así aguardan también ellos y miran boquiabiertos a los pensamientos que otros han pensado”. (Nietzsche, Friedrich, “De los doctos” en *Así habló Zaratustra*, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2003, p. 101)*

INTRODUCCION.-

He concluido en un trabajo anterior², que **el criterio fundante en una teoría preventiva del ilícito, debería estar vinculado con el tipo de riesgo que las acciones implican, y el grado de peligro que podrían generar a los elementos que se pretende proteger.** En este sentido la defensa efectuada por algunos teóricos respecto del resultado (en particular Carlos S. NINO³), fue cuestionada dado que el sistema que proponen, basado en la relevancia de los resultados (daños) como presupuesto para la intervención penal estatal -a mí entender- es demasiado débil como para poder contener los avances del Estado.

Parece claro que, una solución como la que propongo, sería más difícil de ser llevada a la práctica. Sin embargo, carecería de las incongruencias de un sistema prevencionista que, como he tratado de demostrar, iguala al daño con el riesgo, como una forma de disimular una fisura en su construcción. Una teoría prevencionista, debería efectuar sólo valoraciones *ex ante*, sin embargo, la constatación de los resultados, supone una valoración *ex post*, que difiere de la fundamentación propuesta.

En este trabajo, pretendo analizar el valor del concepto del *riesgo*, a la luz de los denominados *delitos anticipatorios*, o *delitos de peligro*.⁴ Este tipo de delitos, en principio, podrían ser concordantes con la formulación expuesta aquí previamente, dado que la responsabilidad, en estos casos, se adjudica -sencillamente- en base a riesgos y no a resultados. En este sentido, trabajaré genéricamente en torno a la discusión que se plantea respecto de estas acciones, las cuales provocan lesiones (o daños) no en forma inmediata, sino en un plazo prolongado, en algunos casos, indeterminado. Sobre esta cuestión, se suscitan algunos problemas relacionados con la posibilidad de que el Estado avance sobre los individuos que habrían llevado a cabo conductas tendientes a producir un daño que todavía no ocurrió y aún más, en algunos casos, no se sabe cuando ocurrirá.

El problema central reside en poder determinar cuáles de estos delitos anticipatorios deben ser aceptados, y cuales implican un avance del Estado sobre los individuos, exigiendo comportamientos determinados (en algunos casos *virtuosos*) de parte de estos. También es difícil poder establecer, en concreto, en qué tipo de acciones el Estado puede exigir conductas que permitirían un mejoramiento de condiciones generales para todos los ciudadanos,⁵ y cuales se convierten en restricciones *paternalistas* dirigidas a los individuos en forma personal. Por otra parte, deberá considerarse como se tienen que apreciar estas sanciones, a la luz del principio histórico de daño, desarrollado por John Stuart MILL.

El propósito de este trabajo es poder establecer un criterio diferenciador, que permita determinar cuales de estos delitos anticipatorios deben ser aceptados y cuales importan la intervención estatal en esferas propias y exclusivas de los individuos. En este sentido presentaré argumentos para aceptar algunas de estas variantes y rechazar cualquier tipo de formulación que atente contra la libertad de elección de las personas en el marco de un estado de derecho liberal.

1.- PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA. ACERCA DE LOS DELITOS ANTICIPATORIOS O DE PELIGRO.

1.1.- EL CONCEPTO DE LOS DELITOS ANTICIPATORIOS

El concepto de estas acciones que producen daños a largo plazo es denominado en la doctrina anglosajona como *delitos anticipatorios*, mientras que en la dogmática penal de la tradición continental europea ha recogido el nombre de *delitos de peligro*. Sin perjuicio de la disparidad en su denominación, el concepto que abarca este tipo de delitos, es considerado unívocamente por ambas visiones. Se presenta a estos delitos como un nuevo fenómeno, a consecuencia del avance y la modernización de la sociedad, como un estandarte del derecho penal moderno. Críticamente, se dice que la comisión imprudente o temeraria de un hecho ilícito ha generado su propio marco de responsabilidad, que se refleja en los llamados *delitos de peligro* y que una concepción de la tentativa como modelo básico de delito refuerza la tendencia general a castigar determinados delitos como la posesión de drogas y la conducción temeraria y que esa tendencia a la intervención, antes de que el daño ocurra, favorece también el que estos ilícitos sean cada vez más los instrumentos básicos del moderno Derecho.⁶ También se ha sostenido que los delitos anticipatorios ponen en cuestión los fundamentos del derecho penal en su conjunto, como si responsabilizar a alguien por estas conductas, implicara traspasar las fronteras de lo punible.⁷

Sobre esta cuestión también se ha afirmado que la producción de consecuencias lesivas (resultados) que se producen en muchos casos a largo plazo, en un contexto general de incertidumbre acerca de la relación causa – efecto, parecería indicar que los delitos de resultado de lesión no logran ser una técnica apropiada para satisfacer estos problemas que

presenta la sociedad moderna. Es por ello que el recurso a este tipo de sanciones es cada vez mayor.⁸ Asimismo, se ha pretendido explicar estas formulaciones como un ejemplo más de creación de nuevos *bienes jurídicos penales*⁹, que conjuntamente con la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación, entre otras cosas, no serían sino aspectos de una tendencia general denominada en la dogmática penal actual como “expansión” del derecho penal.¹⁰

Por otra parte, también se han presentado algunos argumentos a favor de los delitos anticipatorios. En este sentido, sostiene Douglas HUSAK que constituye un grave error suponer que la ley penal debería prohibir sólo las conductas que sean directamente dañinas para otros, dado que muchos ejemplos de conductas indirectamente dañinas para otros, son y deben ser prohibidas por la ley penal. Agrega que, estos delitos prohíben una conducta X porque incrementa la probabilidad de que resulte Y. En esta medida la conducta X no daña invariablemente a alguien pero incrementa la probabilidad de que un daño Y ocurra.¹¹ También Marcelo SANCINETTI, desde una posición claramente enfocada desde el subjetivismo penal, sostiene que el derecho penal sólo debe imputar la creación de riesgos reprobados, por lo cual, los delitos de peligro no debieran verse como un cuerpo extraño al sistema.¹²

Resumidamente, estas serían las posturas que se encuentran a favor de la legitimidad de los delitos anticipatorios como las que presentan argumentos en contra de los mismos. Agrego simplemente que los teóricos del derecho penal, han distinguido los delitos de peligro de acuerdo a la probabilidad de lesión que podrían provocar los mismos. En este sentido en los *delitos de peligro concreto* la realización del tipo penal presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad. Por su parte en los *delitos de peligro abstracto*, tan sólo la peligrosidad de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro.¹³ En el marco de este trabajo, esta clasificación, no será considerada en detalle, dado que al parecer la misma se establece en base a una prognosis similar basada, simplemente, en una mayor o menor indeterminación acerca del momento de producción del riesgo generado.¹⁴

1.2.- HACIA UN CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN

Luego de esta resumida explicación, y sin perjuicio de la distinción señalada, trataré de fundamentar en algunos casos la legitimidad de este tipo de delitos, pretendiendo delimitar la frontera que el Estado no puede traspasar de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia. Concretamente, en este trabajo pretendo distinguir que tipo de peligros deben ser tolerados socialmente y que sanciones por acciones riesgosas deben ser rechazadas, en virtud de que claramente invaden esferas privadas de los individuos.

En este sentido, me parece acertado sostener que no todos los delitos anticipatorios pueden ser justificados de la misma manera. Es probable que muchas de estas formas “nuevas” de atribuir responsabilidad, se generen como una consecuencia necesaria de la modernización de la sociedad y la aparición de nuevos peligros, que antaño no existían, o en caso de existir sus nocivas consecuencias eran desconocidas para la sociedad. Sin embargo, reitero que es dudoso, que todos estos tipos de delitos deban aceptarse sin más.

Por otra parte, considero que es incorrecto rechazar todas estas formulaciones basadas en criterios de responsabilidad apoyados en la concepción de que el principio de daño es sólo la producción de resultados.¹⁵ Esto supondría -simplificadamente- que todas las afectaciones que no pueden comprobarse fácticamente, luego de la realización de la acción, no pueden ser abarcadas por la ley penal, dado que las mismas no respetan esta versión del principio de daño.¹⁶

El problema, podría verse disminuido desde una posición como la que expuse previamente, es decir, prescindiendo de la valoración de los resultados, y haciendo hincapié en que una teoría prevencionista, para poder ser congruente en su formulación, sólo debe efectuar valoraciones *ex ante* por lo cual el resultado no puede tener ningún valor intrínseco. Desde esta postura, sería plausible sancionar a un individuo por su acción tendiente a producir un daño, cuyos efectos puedan producirse en un futuro, quizá, no inmediato. El inconveniente para la

formulación que propongo, aparece cuando esta situación, que en la doctrina dominante, se caracteriza como un adelantamiento de la sanción, avanza sobre las esferas privadas de un individuo.

La posición que aquí pretendo sostener, no advierte diferencias en estos delitos de anticipatorios en relación a los delitos comúnmente llamados de resultado. Es por ello que, en el marco de la hipótesis sobre la que aquí trabajo, no hay ningún adelantamiento, sino en cambio, la simple aplicación de un criterio preventivo. Sin embargo cuando el peligro es más indeterminado,¹⁷ deberíamos precisar un poco más el concepto desarrollado. Esta cuestión es la que debo zanjar en los apartados que siguen a continuación. Para ello dejo planteadas algunas preguntas cuyas respuestas deberán colaborar con la resolución del asunto propuesto: ¿Hasta donde puede avanzar la legislación penal? ¿Qué daños o lesiones probables deben ser valoradas? y en esta misma dirección ¿Cómo determinar ese valor? ¿Cuál debe ser el baremo utilizado para impedir estos avances estatales?

2.- LA RELEVANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS

2.1.- UN CONCEPTO DE AUTONOMIA

En este apartado presentaré argumentos en favor del concepto de autonomía de las personas, como un elemento esencial para poder distinguir cuales de los delitos anticipatorios deberían ser aceptados y cuales no. El concepto de autonomía individual ha sido interpretado, históricamente, como uno de los principios constitutivos de un estado de derecho liberal. Sigo, en esta medida, el pensamiento acerca de la idea de la autonomía que ha sido desarrollada por Carlos NINO, como un principio elemental que atraviesa gran parte de su obra. Su concepción de autonomía podría sintetizarse en la obligación del Estado de abstenerse de interferir en la libre elección del plan de vida de cada uno los ciudadanos, rechazando cualquier intento moralizante que pretenda lograr conductas virtuosas de los mismos (perfeccionismo). Este rechazo expreso del *perfeccionismo moral* se contraponen con la aceptación de algún tipo de *paternalismo*, orientado exclusivamente a colaborar con los individuos para que tengan la capacidad y la posibilidad cierta de elegir, libremente, la forma en que van a desarrollar su vida.

En sus palabras:

“...el principio de autonomía de la persona proscriben interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos, salvo que, tal como surge del principio de inviolabilidad de la persona (...) el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa, o que, como surge del principio de dignidad de la persona, el propio individuo cuya autonomía se restringe consiente esa restricción (...) este principio de autonomía personal se opone al perfeccionismo, o sea la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien”.¹⁸

Por otra parte, también está claro 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 sociales¹⁹, por lo cual las expectativas que se originen en el Estado, no pueden interferir, con las elecciones individuales de las personas, ni siquiera en circunstancias extremas.²⁰ En esta dirección, 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 actos.²¹ Cualquier individuo tiene que poder tener -dentro del abanico de las posibilidades existentes- la chance de dirigir su destino hacia sus propios intereses para conformar su plan de vida como mejor le parezca.

En esta medida, si las acciones que decidimos realizar como personas libres, son virtuosas o no, es irrelevante, además de ser absolutamente personales. Los criterios de excelencia quedan encerrados sólo en nuestra propia conciencia, dado que se trata de parámetros

puramente subjetivos. En esta dirección, expone Joel 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.²²

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 liberales.²³ **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 Estado.** 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.**²⁴

Por otra parte, ya desde una perspectiva del castigo penal, siguiendo aquí a Thomas SCANLON, entiendo que un paso importante en la construcción del respeto por el imperio de la ley reside en asegurar que la gente tenga un sentido correcto acerca de lo que puede demandar de un sistema jurídico y que perciba al orden jurídico como algo valioso porque provee estos beneficios, y ante la pregunta de que cosas que pueden los ciudadanos reclamarle al sistema penal, una cuestión fundamental es que afirme sus derechos y les provea un foro para sus sentimientos.²⁵ Estos dos conceptos son fundamentales para evitar cualquier tipo de responsabilidad jurídica que involucre implícitamente una valoración moral de las acciones,²⁶ la cual expresamente violaría el principio de imparcialidad que debería regir cualquier estado liberal.²⁷

2.2.- LA AUTONOMÍA COMO LÍMITE

El panorama parece más claro ahora. Tenemos un concepto fundamental como el de autonomía que permite evaluar en cada caso, hasta donde puede avanzar el Estado, hasta donde puede llegar la interferencia del mismo. Sin embargo, habrá que limitar el concepto de autonomía; hasta donde puede llegar esta libertad para elegir mi plan de vida ¿Que ocurriría en casos en los cuales mis ideales incluyan salir y disparar en la calle con un arma de fuego, para calmar mis nervios matutinos? ¿Qué ocurriría si sólo decidiera tener algunas armas de fuego en mi casa? Por los motivos que sea: seguridad, protección, gusto particular por ellas, etc. Brevemente, me parece que la diferencia debe hallarse en los intereses que puedan afectar (y la forma de afectación), las conductas que se realicen, en particular, respecto del posible daño de intereses ajenos.²⁸ En este punto debo regresar al comienzo, esto es, como debo interpretar en esta instancia el principio milliano de daño. En esta medida, me parece que la afectación que debe evitarse, no podría basarse en consideraciones exclusivamente fundadas en la moralidad social, así como tampoco, en las representaciones subjetivas de los individuos. El baremo utilizado deberá estar orientado a hacia un criterio objetivo, según veremos más adelante. En esta misma dirección, puede resultar útil la distinción efectuada por Roberto GARGARELLA, quien sostiene que hay dos esferas independientes de la moral: la *moral personal* y la *moral intersubjetiva*. La moral personal sería la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante y la moral intersubjetiva sería la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros.²⁹ Creo que, a partir de aquí, podemos fijar un límite claro en relación al concepto adoptado de autonomía: en el mismo queda comprendida la moral personal y excluida la moral intersubjetiva, la cual sin embargo deberá ser precisada aún más de lo que la definición señalada estipula.

Ahora bien, habiendo explicado minimamente el concepto de autonomía, tal como lo adelanté pretendo en lo que sigue, evaluar la posibilidad de aceptar algunos delitos anticipatorios y rechazar otros en base a esta concepción, teniendo en cuenta para ello, los efectos sobre el propio individuo (moral personal) y la posible afectación de ciertas conductas sobre terceros (moral intersubjetiva), haciendo hincapié siempre en la prognosis objetiva que involucre el riesgo analizado.

3.- UN CRITERIO DIFERENCIADOR

En esta sección, trataré de establecer un criterio diferenciador entre los delitos anticipatorios a fin de poderlos analizar por separado y llegar a determinar si todos deben ser aceptados, o si en cambio, debe efectuarse alguna distinción en este sentido. Para ello, el concepto de autonomía desarrollado previamente será de suma utilidad.

En principio dividiré los peligros en **indeterminados** e **hipotéticos**. En relación a los **indeterminados** diré que tienen que ver con los llamados daños acumulativos. Este tipo de afectaciones tienen que ver exclusivamente con los avances tecnológicos, y los nuevos conocimientos que se van adquiriendo dentro del desarrollo de cualquier sociedad. En esta medida, la reiteración de ciertas acciones peligrosas, pueden acumuladamente producir algún tipo de daño. Esas creaciones de riesgos, no pueden -en principio- ser cuantificadas, tampoco puede ser determinado con precisión cuando se producirá el daño. Sin embargo, *hay una concreta relación causa-efecto*, entre la acción realizada y el daño producido. No es significativo, de acuerdo al criterio aquí propuesto, que no haya inmediatez entre la acción y el daño (resultado). Sólo interesa que la acción en sí misma, sea objetivamente peligrosa.³⁰ En este sentido, la exigencia de estas conductas, tienden a la evitación de daños futuros, basándose únicamente en un criterio de prevención. En efecto, esta concepción de ninguna manera, importa establecer valoraciones que pudieran resultar contrarios al principio de autonomía individual, sólo pretenden prevenir daños concretos en el futuro; por ejemplo -tomo al azar y trabajaré en adelante con la misma hipótesis- todas las afectaciones que pueden producirse en el medio ambiente: la introducción de sustancias contaminantes en el agua, a largo plazo (o no tanto), tendrá sus consecuencias en la población de una u otra manera.³¹ Por otra parte y en contra de quienes afirman que la protección debe estar dirigida a las generaciones futuras³², los daños pueden producirse en un tiempo menor, y la afectación podría producirse también respecto de quienes vivimos aquí y ahora. Cualquiera que sea el plan de vida elegido por un individuo, debe poder contemplar la posibilidad de la afectación inmediata, o a largo plazo de terceros o aún de sí mismo. Los intentos serios por preservar el medio ambiente, no importan en sí mismos, una interferencia estatal perfeccionista sobre los individuos; en esta medida, la utilización de determinados productos no contaminantes, la distribución de los residuos en distintos contenedores, o en su caso evitar arrojar desechos tóxicos en las aguas por ejemplo, no surgen como una imposición estatal arbitraria y moralizante, sino como un esfuerzo concreto, en el que todos deberían colaborar, ya que tiene como objetivo un fin más que apreciable.³³

En relación a los peligros **hipotéticos**, el concepto de autonomía cobra una nueva y especial relevancia. Identifico particularmente a estos delitos como aquellos en los que siempre tienen un contenido moral tan importante que los hace puramente especulativos. Entre los peligros hipotéticos que puedo enunciar, rápidamente, me encuentro con los ejemplos paradigmáticos que representan el consumo de estupefacientes, las distintas elecciones sexuales, los *delitos de tenencia*³⁴, etc. Aquí los argumentos que se utilizan para propugnar su punición, son acompañados, no siempre explícitamente, de ideales morales perfeccionistas. En general se utilizan las mismas estructuras de argumentación que para los peligros indeterminados, la explicación de una relación causal y la necesidad de sancionar como una forma de prevención. Sin embargo, profundizando levemente en estas explicaciones, puede observarse una evidente debilidad argumental y en cambio un fuerte contenido moral. En este sentido, la relación causal que pretende establecerse entre un individuo que decide consumir estupefacientes en su domicilio, como un acto privado, y el aumento del consumo de drogas en los jóvenes no es plausible; por otra parte, las conductas públicas que pueda mostrar una pareja homosexual (ir de la mano, efectuar demostraciones de afecto) no pueden servir de puente para establecer consecuencias dañosas en terceras personas. Ello, a simple vista resulta indiscutible, a menos que se utilice el reiterado y rebatido argumento acerca de las conductas imitativas,³⁵ el que simplícidamente se explica así: todas esas conductas *diferentes* por llamarlas de alguna manera, pueden generar curiosidad y tentación en diversos individuos que podrían pretender realizar actos en un sentido similar. No veo ningún problema, en que los individuos, teniendo los conocimientos necesarios acerca de las consecuencias que puedan producir los actos que decidan llevar a cabo, los realicen efectivamente. Cualquier interpretación diferente, viola el principio de autonomía y no toma en serio las capacidades individuales de poder optar

libremente acerca de la dirección de sus intereses³⁶, esto es, no corresponde decir que mi acción 'causa' la decisión de la otra persona de consumir cocaína.

Otro argumento utilizado por los defensores de estos delitos, es que los mismos, efectúan una "reinterpretación" de la causalidad para decir que estas conductas traen como consecuencias otras más graves, como la comisión de otros delitos para poder seguir consumiendo estupefacientes, por ejemplo, la tenencia de armas para ir a robar, etc. Esta fundamentación tampoco se puede sostener, dado que es evidente que no todos los que consumen drogas, salen a robar o a cometer homicidios, no todos los homosexuales consumen estupefacientes, no todos los que tienen armas en sus casas piensan en salir a delinquir, todas son hipótesis que pueden ocurrir o no, pero objetivamente no son asociaciones que puedan realizarse sin mayor detalle.

He tratado de mostrar con estos ejemplos, la endeble argumentación y el fuerte contenido moral de estas formulaciones. **Se pretende sancionar individuos por sus deseos y creencias morales, no por sus actos, en sí mismos inocuos para los intereses de terceros. Esto es inaceptable en un estado liberal de derecho, en el cual deben ser respetados los distintos planes de vida de los ciudadanos, según lo que establece el principio de autonomía.**

4.- BREVES CONCLUSIONES

Concluyo este ensayo simplemente, resumiendo las conclusiones provisionales a las que he arribado y que deberán ser revisadas en profundidad con mayor detalle.

En primer lugar reafirmo que una teoría preventiva tendiente a efectuar valoraciones *ex ante*, no puede considerar que el resultado -una evaluación *ex post*- pueda ser el límite inexpugnable por el cual el Estado no puede avanzar. Por el contrario, la relevancia debe estar puesta sólo en el *tipo de riesgo* que las acciones implican, y el *grado de peligro* que podrían generar a los elementos que se pretende proteger.

En el marco de este razonamiento, los llamados delitos anticipatorios, encuentran lugar dentro del sistema propuesto. Sin embargo, no todo este tipo de sanciones deben ser aceptadas dentro de la hipótesis que propongo. El criterio delimitador en este sentido resulta ser el principio de autonomía individual, el cual debe funcionar como una barrera que impida al Estado avanzar sobre las esferas personales de los individuos. A su vez, este principio, resulta esencial para determinar que tipo de riesgos indeterminados (delitos anticipatorios) deben ser tolerados socialmente y cuales no.

En relación a este tipo de delitos, he realizado una clasificación de los mismos en peligros **indeterminados** e **hipotéticos**, caracterizando a los primeros como aquellos en los que se desconoce el momento de producción efectivo del resultado, pero que sin embargo, producido este existe una relación causa-efecto, que permitiría determinar a priori, que la acción riesgosa es origen del daño causado. Por su parte he caracterizado a los peligros **hipotéticos** como aquellos en los que no se puede efectuar esta relación descripta, entre las acciones y los daños, sino que por el contrario, he podido advertir que los argumentos que dan usualmente en favor de su punición, tienen un trasfondo moralizante evidente, aunque no declarado.

Es por ello que llego a la conclusión de que todas aquellas conductas que puedan llegar a ser incluidas dentro del primer grupo, deben ser toleradas socialmente, en base a un criterio que podría ser asociado a algún tipo de paternalismo blando, no dirigido hacia el individuo en particular, por el contrario enfocado hacia la sociedad. Con esto pretendo manifestar que, es necesario lograr que dentro de la sociedad se tenga la conciencia necesaria acerca de la importancia de la preservación del medio ambiente (ejemplo al que me referido casi con exclusividad en esta clasificación) y los efectos que pueden producir la acumulación de ciertas conductas riesgosas. Para ello, la actividad estatal, brindando toda la información que sea necesaria, es de vital importancia. Cumplidos estos pasos, quien deliberadamente decida quebrantar estas normas, debería responder penalmente por sus acciones.

Por su parte, respecto del segundo grupo he concluido, en que dentro de un estado liberal de derecho, los mismos, no pueden ser aceptados bajo ninguna circunstancia.

Termino esta presentación, aceptando que probablemente los casos incluidos dentro de los peligros indeterminados fueron más bien escasos, y que esta categoría debería ser revisada en breve con algunas cuestiones que también pueden resultar problemáticas (entre las que puede señalar las distintas restricciones al consumo de alcohol y tabaco, y los llamados “delitos económicos”). Sin embargo el valor de esta clasificación provisional, debe apreciarse a través del inmenso valor que provee el principio de la autonomía individual, el que siempre permitirá que tomemos decisiones *equivocadas* o *acertadas* pero siempre libres.

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. El presente trabajo ha sido presentado, en una versión anterior, en el curso del Profesor Dr. Martín D. Farrell, “Teorías de la Justicia” durante el año 2006, dictado en el marco del Master de Derecho de la Universidad de Palermo en Buenos Aires. Se trata de un proyecto a largo plazo en el que todavía queda mucho por hacer. Pese a ello, la necesidad de discutir algunas de estas ideas, me obliga a darlas a conocer en su estado actual. Agradezco aquí a Jaime Malamud Goti, quien me proporcionó gran cantidad de material para realizar este ensayo, además de muchas de las ideas que aquí se exponen.

² Para más detalles véase *¿El resultado como fundamento de la sanción en una teoría de la responsabilidad preventiva?*, publicado en la página de internet de la Universidad de Friburgo, Suiza (www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm) en abril de 2007.

³ (1980) NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal - Una teoría liberal del delito*, traducción del original inglés (no publicado) de Guillermo Rafael Navarro, Buenos Aires, *passim*.

⁴ En adelante haré referencia a este tipo de delitos como delitos anticipatorios.

⁵ No puedo desarrollar extensamente este concepto aquí. Sin embargo, la utilización de este tipo de delitos, tiende construirse en base a la protección de bienes indeterminados o difusos, los cuales no pueden definirse concretamente, ni cuantificarse el grado de afectación que se produce con la conducta prohibida.

⁶ (1997) FLETCHER, George P., *Concepto Básicos de Derecho Penal*. Prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia, p.256/7

⁷ (1991) CABALLERO, José Severo, “Los delitos de peligro abstracto. Su validez constitucional”, publicado en *Doctrina Judicial*, Tomo 1990-II, Buenos Aires, p. 320 y ss. Críticamente, véase el trabajo de (1996) Andrew von HIRSCH, *Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputation*, en *Harm and Culpability* (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds.) 12, p. 260, 263 y *passim*.

⁸ (2006) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Reimpresión de la segunda edición ampliada, Colección: Estudios y debates en Derecho penal, N° 1, Montevideo-Buenos Aires, p. 17.

⁹ Advierto que por el momento, prescindo de utilizar cualquier criterio que implique una toma de postura en este sentido, por lo cual no adopto el criterio que emerge de la llamada teoría del bien jurídico. Me limito a decir que hay objetos protegidos, sin poder definir, a esta altura, qué es lo que se debe proteger.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, op.cit, p. 5.

¹¹ (1992) HUSAK, Douglas N., *Drogas y Derechos*. Prólogo de Gustavo de Greiff y Pablo de Greiff, México, 2001, p.230, (traducción castellana del original en inglés, *Drugs and Rights*, Cambridge University Press, realizada por Gustavo de Greiff).

¹² (2001) SANCINETTI, Marcelo A., “Tipos de peligro, en las figuras penales (Homenaje al profesor Carlos Creus)”, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 12, Buenos Aires, p. 148.

¹³ (1994) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Reimpresión, 2003, 10/123, 11/114 y ss. (traducción de la 2ª edición alemana *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 2. Auflage Beck, München, 1994, a cargo de Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal).

¹⁴ A los fines de este trabajo, lo importante es analizar estas sanciones en su conjunto. En esta medida, si la producción del daño, es más o menos probable es irrelevante, dado que lo fundamental es determinar si es posible inculpar a alguien por un riesgo creado cuyas consecuencias no pueden ser determinadas con precisión al momento de

responsabilizarlo, circunstancia que a la luz de un criterio de inculpación estrictamente resultativista como el de la doctrina dominante resulta prácticamente inaceptable.

¹⁵ En esta dirección ver NINO, *Los límites*, cit. p. 271/2.-

¹⁶ Para un desarrollo en detalle de esta postura desde el derecho penal, más radical que Nino, aunque siguiéndolo de cerca, cfr. por todos en la doctrina argentina, la crítica que se expone en (2002) ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, p. 491; recientemente también, (2006) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, ps. 14/15

¹⁷ No me refiero aquí a una cuestión temporal, o de pronóstico sobre la producción o no del riesgo creado, sino que por el contrario, pongo en duda que el argumento utilizado para la protección de algunos objetos determinados, sea plausible. Trataré brevemente la cuestión en el §3.

¹⁸ (1989) NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada, Buenos Aires, pág. 413 y ss; también (2005) *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada y revisada, 13era. reimpresión, Buenos Aires, p. 417 y en (2005) *Fundamentos de Derecho Constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión, Buenos Aires, p. 698. Sin embargo no coincido con el propio Nino en que una teoría exclusivamente subjetivista deba ser considerada necesariamente perfeccionista, de ahí su rechazo expreso a la formulación desarrollada por (1991) Marcelo A. SANCINETTI en su tesis doctoral publicada bajo el nombre de *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires. En esta observación crítica NINO ha dicho: "...las intenciones de la persona son algo demasiado superficial y cambiante para constituir al agente. (...) Reprochar a alguien por una acción implica resaltar que tipo de persona es (...) el rechazo del perfeccionismo no sólo implica que el Estado no debe penar, o coaccionar de alguna otra manera, clases de acciones sobre la base de ideales personales. Esto también implica que el Estado no puede hacer que su punición o coerción dependa, de una forma u otra, sobre juicios basados en ideales personales (...) Un Estado liberal, o sea, un Estado comprometido con el principio de autonomía personal, no debe actuar sobre la base de la alabanza o el reproche". Para más detalles véase su trabajo *Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho penal* (inédito) ps. 21 y 33.-

¹⁹ (1971) RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, sexta reimpresión, 2006, p. 39 (trad. del original en inglés *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., realizada por María Dolores González).

²⁰ Sobre esta cuestión podría efectuar una interpretación análoga del principio denominado "daño a intereses" que efectúa FEINBERG, quien señala que: "Una persona es dañada cuando alguien invade (bloquea o frustra) uno de sus intereses (...) los intereses pueden ser bloqueados o vencidos por comportamientos humanos, cualquiera a si mismo, actuando negligentemente o perversamente, o por otros, por separado o en grupos y organizaciones. Es solo cuando un interés es invadido por uno u otros, que su poseedor es dañado en el sentido legal usual, pensado obviamente un terremoto o una plaga puede causar enormes daños en un sentido ordinario" (la traducción es propia). Sobre esta idea ver: (1977) FEINBERG, Joel, "Harm and Self-Interest", publicado en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart*, (edited by P.M.S. Hacker & J. Raz), Clarendon Press – Oxford, p. 285 y nota 1.

²¹ DUFF, R.A., "Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?" publicado en *Buffalo Criminal Law Review Vol. 6*, p. 147, 149/150 disponible también en <http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclr.htm>.

²² FEINBERG, op. cit., p. 288.

²³ DUFF, R.A., op. cit., p. 150.

²⁴ (1999) NAGEL, Thomas, "Los derechos personales y el espacio público" en la obra: *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.), Barcelona, 2004, p. 50, traducción del original en inglés "Personal Rights and Public Space" publicado en *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, realizada por Paola Bergallo y Marcelo Alegre (el destacado es propio).

²⁵ (1999) SCANLON, T.M., "Castigo penal e imperio de la ley", en la obra: *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. del original en inglés "Punishment and the Rule of Law", a cargo de Bergallo y Alegre. cit. p. 309.

²⁶ Sobre esta cuestión dice MALAMUD GOTI en referencia concreta a la tenencia de estupefacientes que: "no castigamos ciertamente la conducta descrita porque ésta simplemente no existe. Castigamos lo que ocurre al margen de la descripción legal: formas de ser, reprobables o peligrosas. Es aquí donde nuestra privacidad aparece nuevamente amenazada, sólo que ahora lo es en nombre de nuestro miedos y prejuicios; pero aún, de ciertos ideales de perfección humana comúnmente sustentados en la moral colectiva.". Para más detalles cfr. (1998) MALAMUD GOTI, Jaime, "Entre la vigilancia y la privacidad: del castigo de la tenencia de drogas para consumo personal", p. 254, publicado en: *Moralidad, legalidad y drogas*, (Pablo de Greiff-Gustavo de Greiff comps.), 2000, traducción del original en inglés, *Drugs and the Limits of Liberalism. Moral and Legal Issues*, Cornell University Press (Pablo de Greiff edit.), a cargo de Gustavo de Greiff.

²⁷ (1991) NAGEL, Thomas, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Barcelona, 1996, p. 156 (traducción del original en inglés *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1991, realizada por José Francisco Álvarez Álvarez).

²⁸ Vuelvo aquí al concepto clásico de daño elaborado por (1869) John Stuart MILL, en *Sobre la libertad*, versión de 1869, trad. del inglés *On Liberty*, a cargo de Gregorio Cantera, Madrid, 2004, p. 53.

²⁹ (1996) GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, p. 166/7.

³⁰ No puedo en esta instancia, todavía determinar, cuál debe ser el parámetro objetivo para valorar estas acciones. Por otra parte, es evidente que la indeterminación del momento y la cuantía del daño, podrían resultar contrario al principio de legalidad, en su aspecto *lex certa*, si la sanción no se aplicara exclusivamente sólo por la acción. La norma entonces debería decir: "El que arrojará cualquier sustancia tóxica al agua, será sancionado...". Por otra parte, von HIRSCH, plantea el problema acerca de si puede inculparse al individuo que realiza la acción y no es conciente de los daños que puede provocar la misma. Sobre esta cuestión, me parece, las acciones peligrosas no pueden sustentarse sólo en las representaciones del autor. Para más detalles cfr. von HIRSCH, cit., p. 261.

³¹ Las posibilidades son múltiples. Se me ocurre pensar en la ingesta de la misma por los propios seres humanos, o bien la muerte o contaminación de flora o animales aptos para el consumo.

³² (2002) ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, en "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología" (RECPC 04-08 2002), ps. 6 y 9, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

³³ Estos ejemplos señalados podrían tener semejanzas con alguna forma de paternalismo blando, pero con un enfoque más genérico. No tengo una postura tomada respecto de esta variante del paternalismo, sin embargo en esta circunstancia me parece razonable tomarlo en consideración. En relación al paternalismo blando, el mismo ha sido aceptado por muchos autores, sobre todo, en lo que respecta a que el mismo contribuye a que los individuos puedan tener conciencia de exactamente cual es la decisión que están tomando, siendo la información en esta medida esencial para ello. En relación al medio ambiente, la divulgación de las posibles consecuencias que producen las conductas que en el pasado eran inocuas, es básico para poder revertir algunas costumbres. Sobre esta variante del paternalismo, ver entre otros: MALAMUD GOTI, op. cit., p. 259; (1979) NINO, Carlos S., ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privada de los hombres”? publicado originalmente en *La Ley* 1979-D, p. 743 y (1994) DWORKIN, Ronald, “Liberal Community”, p. 36 en *Morality, Harm, and the Law*, (Gerald Dworkin edit.), Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford.

³⁴ Esta clasificación es provisoria y cada uno de los peligros señalados es merecedor de un estudio particularizado, que no puedo desarrollar aquí. Para un estudio sobre la punición del consumo de estupefacientes y su relación con la guerra contra las drogas, ver HUSAK, op. cit.; en relación a una crítica contra los llamados “delitos de tenencia” véase MALAMUD GOTI, op. cit., p. 252 y STRUENSEE, Eberhard, “Los delitos de tenencia” (trad. de Fernando Córdoba) pássim, publicado en (1998) JAKOBS/STRUENSEE *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*. Prólogo y presentación de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires.

³⁵ von HIRSCH, op. cit., p. 264, quien destaca que la interpretación que se efectúa sobre esta posible influencia, siempre se realiza en un mismo sentido, nunca se toma en cuenta la posibilidad que alguien se sienta tentado a “no imitar” estas acciones por ejemplo.

³⁶ NAGEL, *Los derechos personales y el espacio público*, cit. p. 54; también GARGARELLA, op. cit., p.168/9.

