

## TÍTULO VII

# DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

### I. Nociones generales

En las antiguas legislaciones no se contemplaba a la seguridad pública como un bien jurídico específico, sino que se reprimían diversos hechos en forma aislada (el incendio, la inundación o el estrago) como lesiones o daños a diversos bienes jurídicos individuales, ya sea contra las personas o el patrimonio, según lo que hubiera sido afectado por el hecho así incriminado.

El primer cuerpo legislativo que agrupa en un título genérico a los hechos y conductas que ponen en peligro la seguridad pública es el Código Penal holandés de 1881, haciéndolo posteriormente en sentido similar el Código Penal italiano de 1889, que denominó a hechos de esta clase como *delitti contro l'incolumità pubblica*, es decir, delitos contra la incolumidad pública.

En estas conductas, el peligro no recae sobre las personas o cosas como bienes jurídicos individuales, sino como bienes jurídicos colectivos. En efecto, su incriminación tiende a tutelar la seguridad pública y no representa una protección particularmente dirigida a la conservación y el mantenimiento de intereses pertenecientes a un individuo aislado.

Los delitos contra la seguridad pública nacieron por un motivo y una razón que debe ser explicada desde la perspectiva del peligro común. Y más allá de algunas deficiencias en la técnica legislativa en el caso argentino (ejemplo del atentado ferroviario, el estrago rural y el entorpecimiento del transporte público o privado), tales ilicitudes deben ser inexorablemente entendidas como delitos de peligro concreto o real, que por su propia idiosincrasia exigen para su configuración la comprobación efectiva y material de un riesgo común para las per-

sonas o los bienes en general, debiéndose indicar con total precisión las particularidades concretas que conformaron ese peligro a fin de poder sancionar legítimamente a su autor con una de las consecuencias más delicadas para un individuo como lo es la pérdida de su libertad de locomoción.

## II. El bien jurídico objeto de protección

Ligado con lo anterior, debemos ocuparnos ahora de la noción del bien jurídico que el legislador ha intentado tutelar al sancionar en forma autónoma, como hechos punibles, aquellas ilicitudes que adquieren semejante naturaleza.

La denominación que nuestro Código Penal ha asignado a esta clase de infracciones, es la de delitos contra la "seguridad pública".

La seguridad pública puede definirse tanto desde un punto de vista objetivo como desde un punto de vista subjetivo.

Si consideramos el bien jurídico objeto de esta protección desde la perspectiva objetiva, podríamos decir siguiendo a Vincenzo Manzini: "que es el conjunto de bienes garantizados por el orden jurídico, que constituyen la protección de la vida, de la integridad personal y de la salud, considerando estos bienes en abstracto e independientemente de la persona que sea su titular"<sup>1</sup>.

La precedente definición de Manzini —coincidente con lo expuesto por Rocco en su trabajo<sup>2</sup>—, está de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano actual, que al término *incolumità* le atribuye un significado estricto, comprendiendo solamente los hechos que amenazan a las personas<sup>3</sup>. No se condice plenamente con nuestra legislación penal, por lo tanto, a la definición precedentemente expuesta le agregamos que se intenta tutelar también "la protección del bienestar y la propiedad de los ciudadanos" como pertenecientes a todos en general y a nadie en particular.

<sup>1</sup> MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, 1960, t. VI, p. 222.

<sup>2</sup> ROCCO, *Relazione Ministeriale sul Progetto del Codice Penale*, t. II, p. 212.

<sup>3</sup> Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1977, t. II, p. 484, y SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Penale*, Temporelli, Torino, 1965, t. III, p. 51.

De tal manera la definición correcta —y que refleja con toda evidencia la naturaleza del bien jurídico protegido— sería la que con absoluta y total solvencia expusiera la jurisprudencia en tal sentido, señalando que la seguridad pública: “es el conjunto de las condiciones garantizadas por el orden jurídico, que constituyen la protección de la vida, de la integridad física, la salud, el bienestar y la propiedad de los ciudadanos, considerando estos bienes en abstracto e independientemente de la persona que sea su titular”<sup>4</sup>.

Pero la seguridad pública también puede definirse desde el punto de vista subjetivo, expresándose desde esta óptica que la misma representa el estado y la opinión de la colectividad que se considera protegida de cualquier peligro que amenace la vida e integridad de las personas, salud, propiedad y bienestar general.

En este orden de ideas, Núñez adopta un criterio emparentado con esta visión, señalando que “La seguridad pública es el estado colectivo, exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o las personas en general”<sup>5</sup>, del que derivan las características de la existencia de un sujeto pasivo indeterminado y de la presencia de un riesgo o peligro común no individualizado<sup>6</sup>.

Consideramos pues, que el concepto del bien jurídico comprometido participa de ambas características: tanto la objetiva como la subjetiva, sosteniendo que ese estado colectivo exento de situaciones físicamente riesgosas o peligrosas abarca todas las condiciones y el conjunto de bienes garantizados por el orden jurídico, que constituyen la protección de la vida, la integridad, la salud, el bienestar y la propiedad colectiva de los ciudadanos, independientemente de quién sea su titular.

La existencia de un peligro común junto a la presencia de un sujeto pasivo colectivo e indeterminado son las características diferenciales de esta clase de ilicitudes, motivos que llevaron a agrupar aquí a aquellas conductas que poseyeran ambas cualidades en torno al hecho cometido cuando participara de las mismas.

<sup>4</sup> CFed.CCorr., L. L., t. II, p. 869.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. act. por Víctor Reinaldo, Córdoba, 1999, p. 287.

<sup>6</sup> SOLER, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1976, t. IV, ps. 478 y ss.

TÍTULO VII

**DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA**

## ANÁLISIS GENERAL Y BÚSQUEDA DEL BIEN JURÍDICO QUE ENGLOBE A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

Como hemos visto en nuestra Parte General de esta obra, al tratar los delitos de peligro, el problema se encontraba en los delitos llamados de peligro abstracto y, en ese sentido, Kindhäuser ha hecho el intento más importante para entender este tipo de delitos<sup>1</sup>. Pues bien, si se traen estas ideas a este tipo de delitos se puede encontrar una buena explicación dogmática de ellos que puede orientar a futuro una nueva redacción de estos delitos.

Con esta idea se ha intentado explicar los delitos de peligro abstracto buscando una salida a los problemas en que se encuentran éstos, especialmente en referencia a la relación entre la acción y la afectación del bien jurídico<sup>2</sup>. En el Capítulo 6 de su obra Kindhäuser, cuando trata el tema del peligro abstracto, coloca el primer título con el nombre de *Seguridad y fin de la norma*, dando de este modo el indicio por dónde va la solución propuesta<sup>3</sup>.

Luego analiza la temática de los delitos de peligro concreto, cuando un bien jurídico se encuentra en peligro. De este modo el concepto de peligro será utilizado para atribuir a una conducta la propiedad de disposición, que en una situación determinada la acción tenga la capacidad de anular la evitación de un daño. Sin embargo, avanza aún más desde un concepto funcional de peligro al afirmar que actúa de manera pe-

<sup>1</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, Cap. VI.

<sup>2</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, ps. 277 y ss.

<sup>3</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 277.

ligrosa quien no lo hace de forma pertinente, esto es, de acuerdo con el estándar racional que es necesario conforme al plan de acción, y a la medida de evitación del daño, en el lugar y en el momento<sup>4</sup>.

De esta forma, ya no estamos ante lo que se puede llamar los clásicos bienes jurídicos, sino que aparece en juego otro tipo de bien que es la seguridad, como un estado a proteger. De esa manera encara el tema del caso del automotor y la curva peligrosa, antes discutido. Se trata de la seguridad. En este punto hay que tener en claro que cuando se habla de la seguridad se hace referencia a una competencia autónoma y a una, heterónoma<sup>5</sup>. Los riesgos son incondicionados por disposiciones que surgen a través del ámbito de la adecuación social. A estos riesgos se los considera como tales justificados en el ámbito de la organización de los bienes jurídicos<sup>6</sup>.

Ahora bien, para Kindhäuser una limitación entre la seguridad autónoma y la heterónoma se podría hacer en base a dos fundamentos. Por una parte, la visión sobre lo que es socialmente útil, en la medida en que se procede a través del Derecho positivo. Por la otra, debè la garantía penal de protección postulada como *ultima ratio* ser primeramente convocada cuando la exigencia de la seguridad heterónoma está en cuestión<sup>7</sup>.

Con estos elementos, entra a analizar y a justificar la prohibición de los delitos de peligro abstracto. Expresamente afirma que las normas de los delitos de peligro abstracto deben interpretarse como una prohibición, que la falta de cuidado de la disposición sobre el bien jurídico necesariamente perjudica las condiciones de la seguridad heterónoma. Esta significación, dice el autor, permite mantener el concepto de peligro abstracto en su significación semántica ajustada a la definición utilizada. Y concluye señalando que los delitos de peligro abstracto, así considerados, son como una especie de medida de previsión que no se corresponde con la organización del bien jurídico, sino con la ejecución de los medios que tiene el Derecho. La seguridad es adecuada a la precaución tangencialmente

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 279.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 280/281.

a través del peligro abstracto, garantizando de ese modo un estado de situación<sup>8</sup>.

Para Kindhäuser, el problema de los delitos de peligro abstracto está en el centro de la cuestión, porque “En la legislación actual no desempeñan ningún papel los delitos de lesiones, e incluso los delitos de exposición concreta al peligro tienen a lo sumo una significación marginal. La razón para ello es sencilla: la existencia de bienes jurídicos individuales se encuentra en su gran mayoría ya determinada. En tanto el Derecho Penal desarrolle nuevas materias jurídicas (lo que sucede por lo general), o amplía las áreas de reglamentación, no se crea ni se reconoce ningún otro bien jurídico individual. Más bien, en la formulación de nuevos tipos penales se ponen normalmente en juego bienes jurídicos universales (como sucede en el marco del Derecho Económico y en el Derecho del medio ambiente)”<sup>9</sup>. Kindhäuser ve bien el problema, ya que asegura que estos nuevos bienes jurídicos “están, si así se quiere o no reconocer, unidos al problema de que ellos no son ni lesionables, en el uso corriente del término, ni pueden ser puestos concretamente en peligro. Por ejemplo, en la historia más que centenaria de la estafa de seguros, no se ha conocido ningún caso en forma alguna en el que la capacidad funcional de los seguros (§ 265, StGB) hubiese sido menoscabada mediante una realización del tipo penal”<sup>10</sup>.

De este modo, no hay dudas para Kindhäuser de que “El tipo estandarizado de la legislación moderna es el delito de peligro abstracto. Delitos de este tipo por lo general no son ciertamente creaciones nuevas, sino que pertenecen parcialmente a la esencia de la existencia del Derecho Penal, como los delitos de perjurio o de piromanía en viviendas e iglesias. A primera vista, ellos difícilmente se pueden clasificar en un grupo homogéneo, porque ellos comprenden delitos tanto de resultado como de mera actividad. A menudo, por ello, el criterio de su identidad se considera sólo de forma negativa en cuanto que ella, en la formulación del tipo penal (en contraposición de los delitos de peligro concreto), renuncia a la exigencia de un peligro o en tanto que su

<sup>8</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 282/283.

<sup>9</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 76.

<sup>10</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 76/77.

resultado (de manera distinta a los delitos de lesión) no puede ser interpretado como lesión al bien jurídico. Así que, por ejemplo, el bien jurídico protegido de la piromanía grave, según el § 306, N° 2, StGB, no son los edificios, sino el cuerpo y la vida de los habitantes; si se nombraran dentro de los bienes jurídicos del parágrafo citado atrás también los objetos de valor significativo, entonces, se transformaría subrepticamente de delito abstracto de peligro en un delito de lesión<sup>11</sup>.

Ahora bien, cuando entra en el análisis del problema, afirma que “el injusto objetivo, que es ejecutado por medio de la realización del tipo penal de un delito abstracto de peligro, no es una lesión y tampoco un peligro concreto y por tanto, de ninguna manera es un daño”. De esta aseveración nuestro autor deduce las siguientes conclusiones: 1. La primera es que se pueden interpretar los delitos abstractos de peligro —no como una acción diabólica—, sino como “un artificio de un legislador”, que, como es obvio y en esto no se equivoca Kindhäuser, “no soluciona de ningún modo los problemas reales, sino que solamente pretende solucionarlos de forma simbólica”. Y agrega que, aun así, “los delitos abstractos de peligro pueden ser medios eficientes para la protección de los bienes jurídicos, aunque sólo se menciona la prohibición de la embriaguez en el tráfico”<sup>12</sup>. 2. En segundo lugar, sostiene que se intenta fundamentar la nocividad del peligro abstracto acercándolo al peligro concreto, opinión ésta seguida por la mayoría de la doctrina, “la cual entiende bajo el concepto de acciones abstractas de peligro aquellas que pueden lesionar los bienes jurídicos de manera general o típica. Pero frente a esta idea afirma que «Sin embargo, esta variante de fundamentación, más bien, les ha traído descrédito a los delitos de peligro abstracto, porque los planteamientos sobre una peligrosidad general no permiten conclusiones sobre la peligrosidad de una determinada conducta; en la mayoría de los casos, las realizaciones del tipo penal de delitos de peligro abstracto se consideran, *in concreto*, inofensivos. Ya que la mayoría de los bienes jurídicos están protegidos por prohibiciones de lesión y, a menudo, también a través de prohibiciones de peligro abstracto que ni lesiona el bien jurídico

<sup>11</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 77.

<sup>12</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 78.

ni lo pone concretamente en peligro». De ahí que “Por ello, sólo se puede aplicar explícitamente, a manera de ejemplo, al delito de ebriedad en el tránsito (§ 316, StGB) y sólo para aquel caso en el cual el hecho no sea punible como exposición concreta al peligro, de acuerdo con los §§ 315a, 315c del StGB”<sup>13</sup>. Y prosigue, ahora sí fundando su posición, que “Así como un bien concreto puede ser abstractamente lesionado, puede igualmente ser puesto en peligro abstractamente. Quien fundamenta el injusto de los delitos de peligro abstracto remitiéndose a la relevancia de la lesión en las acciones típicas, cae en un trilema metódico”<sup>14</sup>. Y pasa a explicar el problema de la siguiente forma: “Si el autor (conforme al tenor del correspondiente delito) también es castigado cuando evalúa atinadamente la carencia de relevancia de la lesión de su conducta concreta, entonces entra en conflicto con el principio de culpabilidad por causa de la ausencia del desvalor de acción. Por el contrario, si el autor sólo es castigado (por lo menos subjetivamente, en el sentido de una tentativa imposible) cuando a partir de la relevancia concreta de lesión de su conducta, los delitos de peligro abstracto pierden la justificación de su existencia en comparación con los delitos de lesión, que son punibles ya en la tentativa”<sup>15</sup>. Y “Si, finalmente, como alternativa se admite la contraprueba de la inexistencia de peligro en el caso concreto, entonces esto conduce a la reversión de la carga probatoria, lo cual no sólo contradice el principio de *in dubio pro reo*, sino que infringe también el principio de la igualdad de trato debido a la contingencia de la existencia de medios probatorios absolutorios”. Y concluye: “Por tanto, debe ser muy pronto terminada la discusión referente a la pregunta sobre cuán concreta puede ser una conducta de peligro abstracto, incluyendo la pregunta, en el caso concreto, sobre la admisibilidad de una contraprueba de la no peligrosidad que excluya el injusto”<sup>16</sup>.

Tiene ahora nuestro autor el camino libre para fundamentar su posición, luego de haber reconocido los problemas concretos de los

<sup>13</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 79.

<sup>14</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 79.

<sup>15</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 79.

<sup>16</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 80.

delitos de peligro abstracto, de modo que debe acudir a otro camino. Así, sostiene que "Sólo el tercer camino puede conducir a la meta, al calificar la nocividad genuina del peligro abstracto como un 'desvalor de resultado'. Con base en la estructura del tipo penal, esta nocividad no puede depender de la pronosticable relevancia de lesión, subjetiva u objetiva, de la conducta, porque tal relevancia de lesión no es una condición explícita del injusto. Más claramente, los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto señalan los delitos de peligro abstracto, en los que la protección del bien jurídico no se debe referir al bien como tal, sino a la función que ese bien tenga para sí y/o para los titulares. El valor de una cosa es siempre relativo respecto a determinados intereses y necesidades y no proviene de la forma o de la sustancia de la cosa misma. Por esto, una modificación de la forma o de la sustancia no indica nada sobre la modificación del valor; aquí se debe pensar en elaboraciones (que incrementan el valor)"<sup>17</sup>. Y continúa: "Una protección del bien jurídico que se refiera solamente a la simple defensa de modificaciones es, por tanto, vaga, es indecisa no solamente por causa de la falta de una escala de medición del valor, sino porque recorta además del ámbito de protección el aspecto de valor relevante para el Derecho Penal: es decir, recorta la importancia de los bienes jurídicos como subsidio de la participación en la interacción social"<sup>18</sup>.

¿De qué forma entonces se justifican los delitos de peligro abstracto? Kindhäuser hace la siguiente argumentación: Una buena interpretación de la protección de bienes jurídicos como medio de participación en la vida social lleva el deber de extender la protección "al aseguramiento de la posibilidad de disposición sobre dichos bienes"<sup>19</sup>. Reconoce el autor que esta forma de aseguramiento pertenece al Derecho de policía, pero agrega que ahora es objeto del Derecho Penal. "Bajo esta premisa, afirma, el peligro abstracto se refiere a la seguridad de la relación entre el bien jurídico y su beneficiario; el peligro abstracto no afecta el bien jurídico mismo, en su forma o sustancia, sino la seguridad, con la cual se puede disponer sobre el bien. Sin esta seguridad se reduce el valor del bien jurídico, eventualmente, hasta el

<sup>17</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 80.

<sup>18</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 81.

<sup>19</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 81.

límite de su inutilidad. En este caso la afectación de la seguridad no depende absolutamente de si un determinado bien fue expuesto al peligro o no, porque la seguridad para ello puede conducir a que de ninguna manera se hiciera uso de un bien en forma tal que se pudiera someter a un peligro concreto”<sup>20</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, Kindhäuser señala que su definición sería la siguiente: “un peligro es abstracto cuando se interviene de tal forma en el área de disposición sobre un bien, que (desde el punto de vista del bien) sólo depende de la casualidad el que ese bien sea llevado o no a una situación concretamente peligrosa”<sup>21</sup>. La pregunta que cualquier lector atento se haría es qué es el área de disposición.

Nuestro autor comienza afirmando que “el área de disposición de un bien no pertenece sólo al ámbito privado, sino también al ámbito de uso común. Un ejemplo: el conducir en estado de ebriedad de X a Y es un peligro abstracto, aunque el automovilista K no se dirigiera en dirección contraria al autor, dado que K transitó por esa vía una hora después, pues la elección del tiempo de viaje era para K, respecto a evitar el accidente, pura coincidencia. En esto, los peligros abstractos y concretos son formas de menoscabo de la seguridad, si bien por una parte se afecta una disposición concreta, y por otra parte, una forma abstracta de disposición”<sup>22</sup>.

Tratando de desmembrar estos conceptos, nos va a decir que “Los perjuicios de las condiciones de disposición descuidada sobre bienes se deben deslindar del criterio de peligrosidad general. La peligrosidad general, con la cual la opinión mayoritaria equipara el peligro abstracto, es construida como un estado previo a la lesión del bien jurídico, sin que tenga un significado axiológico propio, sobre todo como tentativa imposible o como lesión objetiva o subjetiva, al deber de cuidado, y con ello se le da una nueva interpretación a la puesta en peligro del bien y se convierte en una acción riesgosa, es decir que se reemplaza la perspectiva de la víctima por la perspectiva del autor”<sup>23</sup>.

Y agrega: “Cuando la seguridad se constituye a partir de la pers-

<sup>20</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 81.

<sup>21</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 81.

<sup>22</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 81/82.

<sup>23</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 82.

pectiva del autor, esto supone que el autor puede apreciar suficientemente las consecuencias de su acción. Esto es ampliamente posible en relación con los peligros cotidianos. Por ejemplo: no se necesita prohibir el manejo de cuchillos afilados, porque cualquier ciudadano promedio dispone del conocimiento necesario, con base en su propia experiencia de vida, como para evitar daños con la conciencia suficiente de su responsabilidad"<sup>24</sup>. El ejemplo puede aclarar: "Que el vecino tenga un hacha en casa no debe ser preocupante. En relación con la piromanía de vivienda y, más notorio todavía, en el caso de la participación en el tráfico vehicular, la cuestión se ve de otra manera. En la última área mencionada se puede alcanzar un mínimo en seguridad sólo por medio de la prohibición preventiva con reserva del permiso, manejar un vehículo sin los exámenes correspondientes. Sin duda alguna que la seguridad en el tráfico vehicular no se puede organizar sólo basándose en la confianza del deber individual de cuidado. Y esta conclusión es válida para todos los ámbitos de la vida, en los cuales pueden ocurrir daños y que sólo pueden ser evitados por medio de conocimientos especiales. Por tanto, para la seguridad en ámbitos de la vida que estén expuestos a grandes peligros se deben prohibir acciones hasta tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo". Y concluye: "En mi opinión, no es posible confiar la construcción y el funcionamiento de plantas de energía nuclear al deber de cuidado individual de sus operadores"<sup>25</sup>.

Luego profundizando en su idea afirma que "Al lado de las áreas en donde es difícil alcanzar una visión general de la importancia de la lesión producida por ciertos comportamientos, hay otras áreas de la vida en las cuales la seguridad y los esfuerzos subjetivos para evitar las lesiones están separados"<sup>26</sup>. Ahora bien, ¿cuáles son esas zonas o áreas? Y contesta: "Éstas son, de una parte, los sectores de interacción social, los cuales, a causa de la fluidez del tráfico vehicular, están obligados a la observancia de determinadas condiciones objetivas básicas (mejor dicho 'desubjetivadas'), por ejemplo: informaciones en lo posible libres de error y no sólo libres de engaño. Por otra parte, está bien impedir los peligros

<sup>24</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 82.

<sup>25</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 83.

<sup>26</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 83.

abstractos allí donde las condiciones de desarrollo de los bienes jurídicos deban estar garantizadas en el tiempo y donde la protección, por lo tanto, no se refiera a la lesión o peligro concreto de un bien. Ejemplarizante para este caso es ante todo el área de la protección ambiental. El hecho de que las condiciones básicas ecológicas, según una opinión muy extendida, sean consideradas como bienes (más o menos) autónomos, muestra cómo en el caso de recursos limitados las condiciones de desarrollo de bienes pueden alcanzar la calidad de bien; por cierto, en relación con estos 'bienes derivados' se trata de la protección de un medio ambiente definido jurídicamente"<sup>27</sup>.

Desde esta visión, totalmente justificadora de ellos, "los peligros abstractos se pueden concebir [...] como menoscabo en las condiciones de disposición descuidada de los bienes. El peligro es abstracto, porque no se trata de la desprotección actual del bien, sino de intervenciones en las posibilidades garantizadas legalmente para su desarrollo seguro"<sup>28</sup>. En consecuencia, "el peligro abstracto es perjudicial porque un bien sobre el cual no se puede disponer tranquilamente no es utilizable completa y racionalmente"<sup>29</sup>.

Para completar esta explicación, reconoce el autor citado que "en el aseguramiento de la disposición despreocupada sobre bienes, no se trata, sin embargo, de la protección de un estado psicológico-social. Tanto más, la intermediación de seguridad no significa jurídicamente no darle motivo al individuo 'para creerse afectado en el sentimiento de la seguridad personal'. La 'preocupación' aquí mencionada es, más bien, la valoración del riesgo que hace una persona que juzga racionalmente (pensada en el sentido de la teoría de la decisión)"<sup>30</sup>. El párrafo que sigue es más que importante, porque reconduce de alguna manera al delito imprudente: "En discusión, afirma, se encuentra una reversión de los criterios bajo los cuales se determina la escala de medida del deber de cuidado en la imprudencia. En la imprudencia se deben determinar, desde el punto de vista del actor, cuáles medidas (¡de forma fundamentada!) deben tomarse para poder evitar la reali-

<sup>27</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 83/84.

<sup>28</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 84.

<sup>29</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 85.

<sup>30</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 85.

zación del tipo penal. En la garantía (normativa) de la falta de cuidado se determinan, por el contrario, las condiciones que deben ser respetadas o cuyo cumplimiento o existencia puede esperarse en la disposición sobre los bienes, por ejemplo: que ninguna vivienda sea incendiada (§ 306, 2, StGB), o que no se entreguen documentos de crédito manipulados (o falsificados) (§ 265b, StGB)<sup>31</sup>.

Hecha esta explicación, Kindhäuser hace un resumen de sus afirmaciones anteriores: "Con esto han sido brevemente delineadas las tres formas de daños que son objeto de la protección de los bienes jurídicos. El Derecho Penal ejecuta esta protección de los bienes jurídicos, en cuanto que prohíbe las acciones que causan estos daños, y refuerza la prohibición con la pena. Por consiguiente, se puede efectuar, en primer lugar, la protección de los bienes jurídicos por medio de la prohibición de acciones que lesionan causalmente los bienes jurídicos. Tal 'protección total' es eficaz en tanto que el sujeto actuante, en el caso de presuponer un motivo para respetar la norma, pueda reconocer y evitar a través de su conducta las lesiones posibles a los bienes jurídicos. La prohibición de peligros concretos amplía esta protección, porque ella le prohíbe al destinatario de la norma poner un bien en una situación de desprotección grave. Finalmente, en las áreas en las cuales las consecuencias dañinas de acciones no pueden ser previstas por un destinatario de la norma, que sea fiel al Derecho y que disponga de un conocimiento epistémico promedio, se deben formular condiciones de seguridad, las cuales deben ser respetadas incondicionalmente y a las que el individuo incluso no pueda afectar, cuando él (hasta con razón) en ciertos casos considere su acción como no peligrosa"<sup>32</sup>. Y concluye: "las prohibiciones de exposición al peligro tienen su lugar allí donde se trata del aseguramiento de las condiciones básicas objetivas para el desarrollo de bienes, bien que esas condiciones básicas sean sólo recursos naturales del medio ambiente o condiciones marginales de la fluidez de la interacción social segura, más exactamente en el área de relaciones comerciales"<sup>33</sup>.

Kindhäuser expresa que estamos frente a un Derecho Penal sim-

<sup>31</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 85.

<sup>32</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 86.

<sup>33</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 86/87.

bólico: “el Derecho Penal es simbólico porque la protección y la pena están constituidas simbólicamente, es trivial, pero no parece ser el objeto del reproche. Tampoco se puede decir (de forma general) que la protección real no se ejerce de ninguna forma, sino que solamente se da en apariencia”. Y aclara entonces que el núcleo del problema estaría dado porque estamos frente a una tarea genuinamente policial, es decir, “la mediación de seguridad estaría situada en el Derecho Penal y con ello no alcanza la dignidad que le corresponde a él”<sup>34</sup>.

Kindhäuser responde desde su perspectiva que “Esta opinión presupone que ya está claramente definido qué es Derecho de policía y qué es Derecho Penal, pero no se trata de eso. La sociedad (nominalmente entendida como democrática) busca su identidad a través de la integración social discursiva, en tanto que el Derecho Penal, que forma también esta identidad (en fragmentos importantes), está sometido a modificaciones constantes”<sup>35</sup>.

Lo que sigue es importante, porque es una clara oposición a la idea seguida en este libro, en general, y por ende le puede aclarar al lector en dónde estamos situados unos y otros: “La tesis de que el Derecho Penal habría encontrado en la versión de Kant-Feuerbach una estructura, que sería como punto fijo independiente de una escala de medida de las funciones jurídicas y de clasificación de ellas, es ante todo un programa de política criminal, pero ningún conocimiento dado a priori de comunicación normativa. En cuanto a esto, pueden existir argumentos que hablan contra la tendencia pertinaz de transformar el Derecho tradicional de policía en Derecho Penal. En relación con esto, no se puede dejar de tener en cuenta que la seguridad ha avanzado hacia una idea directriz (*idée directrice*) de la interacción social y con ello, ante todo, puede exigir, en ciertos casos, la consideración de valores sociales que estén representados en el cuadro viviente del Derecho Penal. La seguridad puede ser interpretada con buenas razones como un derecho humano y diferenciada como función de los derechos fundamentales”<sup>36</sup>.

Y prosigue con sus argumentaciones: “Aun cuando las reflexiones formuladas hasta ahora por medio del apoyo básico del empleo de los

<sup>34</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 87.

<sup>35</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 87.

<sup>36</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., ps. 87/88.

delitos de peligro, abstractos y concretos, como medio para la protección racional de bienes jurídicos pudiera suscitar la aparente justificación global de la legislación criminal actual, si se mira el caso más detenidamente se concluirá que no es así. Pues justamente el legislador, por lo general, no se vale sólo de los delitos abstractos de peligro, en el sentido de que se han delineado aquí para la protección racional de los bienes jurídicos, sino también para la denominada lucha efectiva contra el crimen o más exactamente la lucha contra los delincuentes<sup>37</sup>. Y concluye, en todo un programa penal: "Mientras que las prohibiciones de peligro abstracto, en mi opinión, sólo tienen allí un papel legítimo en la protección de los bienes jurídicos en donde deban ser acatadas las disposiciones no peligrosas de las condiciones objetivas sobre bienes; porque el deber individual de cuidado no puede garantizar ninguna seguridad suficiente, entonces se crean en la legislación actual los delitos abstractos de peligro por medio de una subjetivización de la relevancia de la lesión; se criminalizan comportamientos sin que exista la relación objetiva con el menoscabo de los bienes jurídicos, solamente bajo la condición de que el autor persiga determinados propósitos. De esta forma no se protegen, por ejemplo, las condiciones básicas objetivas del desarrollo seguro de los bienes, sino que se penalizan acciones en un estado de preparación. Como ejemplo se podría nombrar la preparación de un ataque al tránsito aéreo y marítimo por medio de la adquisición de armas de fuego (§ 316c, párr. 3, StGB). Delitos de este tipo casi no se pueden justificar, ya que ellos no crean una protección genuina, sino que adelantan el injusto sin hacer relación a un menoscabo objetivo de la seguridad. Aquí no se ejecuta ninguna protección más a los bienes jurídicos, la cual no pudiera ser efectuada en toda su extensión por delitos con relevancia objetiva de peligro o de lesión"<sup>38</sup>.

Hirsch ha criticado severamente esta posición, afirmando que se trata solamente de un rótulo, una etiqueta, que no contribuye a una verdadera solución del problema. Es que el problema está en la determinación del concepto "seguridad". ¿A qué seguridad se refiere,

<sup>37</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 88.

<sup>38</sup> KINDHÄUSER, ob. cit., p. 89. En análogo sentido JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 46.

para quién o qué? Por ende, concluye Hirsch, debe retomarse nuevamente la pregunta de la peligrosidad para los bienes jurídicos "protegidos". Sólo de esta manera se puede limitar cuándo la seguridad se ve perjudicada. En este caso estamos nuevamente en el principio de la reflexión, es decir, en la peligrosidad de la acción. Es más, afirma Hirsch, este tipo de soluciones no son sólo inútiles, sino que además provocan daño, porque en este concepto nebuloso de seguridad los conceptos pierden las necesarias diferencias, de modo que la seguridad ofrecida es engañosa<sup>39</sup>.

Por su parte Roxin afirma que Urs Kindhäuser es de la idea de que "los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar 'seguridad'. Y seguridad es el 'estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente', la 'legítima despreocupación al disponer de bienes', mientras que la lesión del bien jurídico no es 'punto de referencia' ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad. Es más, el § 306, 2 protege la posibilidad de vivir en los espacios en cuestión sin temor a ser puesto en peligro por un incendio"<sup>40</sup>. De este modo Kindhäuser viene a contradecir la idea de reconducir los delitos de peligro abstracto a una infracción de cuidado.

Sobre esta posición, ha sostenido Roxin que "la consistencia de esta concepción precisa aun una ulterior investigación; pero me parece que la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados, por lo que ésta también es el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto, y la provocación de 'seguridad' es sólo, como en todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la -previa- protección de bienes jurídicos. Por lo demás, la concepción de Kindhäuser, si se lleva a cabo consecuentemente, quizás se diferencie en sus resultados menos de lo que él supone de las teorías que explican la puesta en peligro abstracta como infracción del cuidado debido. En efecto, si por ejemplo alguien sabe que su casa -si es que ello sucede alguna vez-, debido a la amenaza de pena del § 306, con seguridad sólo será incendiada a lo sumo tras haberse convencido el autor de

<sup>39</sup> HIRSCH, ob. cit., t. I, p. 80.

<sup>40</sup> ROXIN, ob. cit., t. I, § 11, 2, nm. 122.

que nadie se encuentra en la misma, no tendrá ningún motivo para creerse dañado en su sentimiento de seguridad personal. Y las conductas totalmente no peligrosas tampoco menoscaban la seguridad, por lo que también desde el punto de vista de esta concepción subsiste el problema de una interpretación restrictiva del tipo"<sup>41</sup>.

En síntesis, lo que pretendemos es darle cierta racionalidad a los delitos que trata este tomo de la obra, en el sentido de que en su mayoría serían tipos penales que protegen a otros bienes jurídicos, algo así como una preprotección de ellos. Desde esta perspectiva podría llegar a entenderse estos delitos.

Sin perjuicio de ello, es claro, como se dice en el texto, que algunos son meras contravenciones, que en nuestro concepto tienen una diferencia cualitativa con los delitos. Esta idea es importante porque de esta forma tales ilícitos deberían tener penas mucho más bajas. Obsérvese que en algunos casos son meras desobediencias.

Estos defectos, lejos de corregirse, se han mantenido en el tiempo y en los proyectos de reformas.

<sup>41</sup> ROXIN, ob. cit., t. I, § 11, 2, nm. 123.

## TÍTULO VIII

### DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

#### I. Nociones generales

El Título VIII del Código Penal se refiere a los delitos contra el orden público, según la actual terminología que emplea el texto punitivo.

Esta denominación fue la adoptada originalmente por el Código Penal de 1921, pero las leyes 17.567 y 21.338, siguiendo el Proyecto Soler de 1960, transitoriamente adoptaron el *nomen iuris* de *Delitos contra la tranquilidad pública*.

Era el propio Soler que reconocía que “en pocos temas del Derecho Penal se puede verificar una mayor confusión y vaguedad de opiniones que la que se manifiesta cuando la doctrina trata de fijar el concepto de orden público. El equívoco fundamental proviene de que esa expresión tiene por lo menos dos sentidos muy distintos, de uso constante en el Derecho, y además de que es una expresión próxima o semejante a otros, en particular a la expresión «orden jurídico»<sup>1</sup>, tornándose necesario desentrañar cuál de todas las acepciones es la que cabe otorgar a esta denominación.

Por otra parte, orden público se presta a su identificación como orden jurídico, lo cual sería un grave error en su consideración, ya que este último importa un sistema de normas que comprende a todas las manifestaciones del Derecho, constituyendo un concepto más amplio y a todas luces inaceptable.

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1953, t. IV, p. 629.

El epígrafe "orden público" debería entonces interpretarse como la armónica y pacífica convivencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado de Derecho, lo cual es equivalente a "tranquilidad o paz pública", y ése es el motivo por el cual la legislación anteriormente citada decidió en su momento modificar dicha rúbrica.

A este aspecto objetivo del bien jurídico tutelado corresponde, a su vez, un punto de vista subjetivo consistente en el sentido o sentimiento de tranquilidad, de sosiego o de confianza.

En ese orden de ideas, apunta el mismo Soler que "decimos 'confianza' para distinguir estas figuras de las que protegen la seguridad. En este sentido, la confianza aparece como una condición secundaria y psicosocial", tratando de defenderse en estos casos no "la seguridad social misma, sino más bien la opinión de esa seguridad, que, a su vez, en realidad constituye un factor más de refuerzo de aquélla"<sup>2</sup>.

Es importante hacer aquí una observación primordial, que consiste en que todos los delitos en mayor o menor medida tienen el efecto colateral de turbar directa o indirectamente la tranquilidad pública, o sea, esa capacidad para determinar una alarma social en una comunidad determinada. No obstante, no es exactamente ello lo que se protege con esta categoría especial de ilicitudes. Puede afirmarse que hay delitos que lesionan directamente la paz pública, ya que dañan la tranquilidad en sí misma aislada de todo otro contenido, importando esas conductas verdaderas amenazas de otros delitos.

No resulta tarea sencilla establecer ni la calidad del bien jurídico ni lo que se entiende en este caso por la rúbrica impuesta por el legislador argentino<sup>3</sup>. Tanto es así que existen distintas voces y concepciones en torno al bien jurídico tutelado en tal sentido<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> SOLER, ob. cit., ps. 630/631 y nota 4.

<sup>3</sup> Coincide ZIFFER, Patricia, *Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita*, en L. L. del 24-12-2001, ps. 1 y ss.

<sup>4</sup> Se habla de una "visión inmanente" –que busca la existencia del bien jurídico en la norma, por ej.: Binding– y que lleva a igualar el bien jurídico con la mera infracción al deber; y de una "visión trascendente" –que busca la gestación del bien jurídico en la naturaleza de las cosas o en la actividad social del individuo, por ej.: Birnbaum, Von Liszt–, que conduce a la valoración material de políticas criminales en tal sentido. Máxime en esta clase de bienes jurídicos en los que se sostiene que se trata de bienes colectivos, macrosociales, supraindividuales, difusos, universales o

Lo que sucede es que con la aparición de estos bienes colectivos se propende a proteger funciones esenciales del sistema social, tan esenciales que "de las mismas depende el efectivo goce de los bienes individuales, por lo que sería más sencillo referirlos como bienes jurídicos funcionales"<sup>5</sup>, en razón de operar funcionalmente en apoyo de otros bienes relevantes.

En estos delitos contra la tranquilidad pública siempre es posible aislar un elemento común que determina la inclusión de la figura delictiva en este grupo, y el mismo está representado por la publicidad del hecho con su efecto intimidatorio sobre la colectividad<sup>6</sup>.

No se trata de delitos que protejan bienes jurídicos elementales o primarios, sino más bien tienen estas figuras un aspecto contravencional, constituyendo muchas de ellas verdaderos actos preparatorios de otros delitos que quedarían impunes por su equivocidad<sup>7</sup>.

Los delitos aquí contenidos entonces se presentan como hechos que llevan en sí una marcada peligrosidad por la probable comisión de otros delitos que de esas conductas pueden derivarse.

El legislador penal se anticipa a la producción de tales eventos, recurriendo de este modo a la sanción de comportamientos que por lo general son de carácter formal e instantáneo, con el fin de prevenir la futura comisión de los ilícitos que pueden nacer a raíz de aquellas actividades, aun cuando no tengan un resultado material concreto.

Es por ello que con razón afirma Núñez que "la instigación a cometer delitos, la asociación ilícita, la intimidación pública y la apología del crimen, son hechos cuya criminalidad reside esencialmente, no en la lesión efectiva de situaciones materiales, cosas o personas, sino en la repercusión que los hechos tienen en el espíritu público, produciendo alarma y temor, zozobra por lo que puede suceder a raíz de las incitaciones o peligros que los hechos de este Título implican"<sup>8</sup>.

institucionales como los denomina Bustos Ramírez (ver *Política criminal e injusto*, en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 137).

<sup>5</sup> ÁLVAREZ, Ricardo Carlos M., *Apuntes elementales acerca del bien jurídico*, en *Revista Asoc. Mag. y Func. Just. Nac.*, 35/36, Buenos Aires, p. 146.

<sup>6</sup> SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, Torino, 1968, t. III, p. 174.

<sup>7</sup> SOLER, ob. cit., p. 631.

<sup>8</sup> NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1992, t. VI, p. 174.

Así es que se pone de manifiesto que lo que se intenta proteger en este Título no es la seguridad pública, ya tutelada por el Título VII del Código Penal, sino el pacífico acontecer de la vida en sociedad libre de cualquier riesgo derivado de conductas que puedan generar, a su vez, la comisión de otros hechos ilícitos de cierta gravedad o magnitud.

## II. Caracteres de este grupo de delitos

En base a lo que hemos expuesto, se pueden extraer las características propias que informan a esta clase de infracciones penales.

En primer lugar, una de sus características comunes está representada en que en la instigación a cometer delitos, la intimidación pública o la apología del delito, la publicidad del comportamiento realizado es comprensiva de tales incriminaciones cualquiera sea el tipo de manifestación, es decir, sea por la prensa escrita, por radiodifusión, televisión o la palabra hablada.

En segundo lugar, todas estas conductas constituyen delitos de peligro y no de lesión, no obstante la opinión contraria de Manzini<sup>9</sup>. Compartimos en este sentido las afirmaciones de Santoro en cuanto estas ilicitudes representan en realidad verdaderos actos preparatorios, los cuales son sancionados pues importan la premisa de futuras acciones delictivas.

Más allá de la historia y génesis que caracterizan a estos delitos, existen en el Derecho Penal ciertas tendencias que “en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un ‘Derecho Penal de puesta en riesgo’, de características antiliberales, cuya cuestión central es la evolución penal conocida desde una perspectiva crítica como ‘expansión del Derecho Penal’, un término que ha sido utilizado por Silva Sánchez en una monografía dedicada a caracterizar la política criminal de las sociedad posindustriales”<sup>10</sup>.

Vale decir que, en razón de todas estas argumentaciones, no nos cabe duda de que para entender de una mejor manera el bien jurídico

<sup>9</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratatto di Diritto Penale*, Torino, 1920, vol. VI, p. 96.

<sup>10</sup> CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo*, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2003, p. 32.

lesionado en el caso de las infracciones previstas en este Título del Código Penal, la adecuada denominación sería la de *Delitos contra la tranquilidad pública* en vez de la actual, porque ella representa de mejor modo el interés que el legislador tuvo en miras al momento de prever las conductas delictivas aquí incriminadas, y es en base a este horizonte conformado por la acepción que debe otorgarse al bien jurídico tutelado que debemos interpretar cada una de las infracciones ilícitas aquí agrupadas.

CAPÍTULO I

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS

Artículo 101. Instigación a cometer delitos

La persona que instigare a otra a cometer un delito, será castigado con el mismo castigo que el autor del delito, si no es el autor del delito.

Artículo 102. Instigación a cometer delitos

La persona que instigare a otra a cometer un delito, será castigado con el mismo castigo que el autor del delito, si no es el autor del delito.

Artículo 103. Instigación a cometer delitos

Artículo 104. Instigación a cometer delitos

Artículo 105. Instigación a cometer delitos

TÍTULO VIII

**DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**

## DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO<sup>1</sup>

La cuestión sobre el contenido del orden público no es pacífica en la doctrina argentina y ha sido motivo de discrepancias doctrinales, esencialmente por la amplitud conceptual con la que se ha pretendido caracterizar al llamado "orden público"<sup>2</sup>.

Los antecedentes nacionales sobre el punto nos dicen que desde 1887 hasta 1922, que rigió el primer Código Penal, no hubo disposición alguna sobre este tipo de delitos. Recién con el proyecto de 1891 comenzaron las leyes a incorporar el título denominado *Delitos contra el orden público*. En éste se decía que no había en la ley "ninguna disposición encaminada a proteger el orden social contra las perturbaciones ocasionadas intencionalmente, cuando ellas no infieren alguna lesión inmediata a un derecho determinado", por eso se incorporaba el título respectivo<sup>3</sup>.

Pero como lo ha expresado Ramos Mejía, y debido a un hecho en concreto, como pasó y pasará siempre en nuestro país, se decide incorporar este tipo de delitos a la legislación. En la noche del 26 de junio de 1910 ocurrió un atentado terrorista en el teatro Colón de Buenos Aires. Al día siguiente el tema fue abordado por la Cámara de Diputados de la Nación, y dio pie a que el 28 de junio se sancionara

<sup>1</sup> La rúbrica es de acuerdo a la ley 23.077.

<sup>2</sup> CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

<sup>3</sup> RAMOS MEJÍA, Enrique, *Los delitos contra la tranquilidad pública en la ley de reformas al Código Penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, La Ley, enero-marzo de 1968, ps. 38 y ss.

la Ley 7029 de Defensa Social, en la que se incorporaba a la legislación la apología del crimen, la fabricación, transporte y guarda de explosivos, la intimidación pública y cierto tipo de asociación ilícita.

Como siempre, la ley fue criticada y los tribunales fueron moderados en su aplicación, pero ya había ambiente para que en 1916 el diputado Moreno llevara las disposiciones al Código Penal<sup>4</sup>.

Luego el título debió sufrir las reformas de las leyes 13.945 de 1959 y 15.276 de 1960, que modificaron sustancialmente los textos del Código de 1921. Luego la ley 16.648 de 1964 introdujo nuevas modificaciones, entre ellas la del artículo 213 bis. Pero la cuestión no termina allí, sino que la ley debió padecer, como si no fuera poco, la reforma del decreto-ley 17.567, promulgado el 6 de diciembre de 1967 y luego la de la ley 20.509, cuando se vuelve al régimen constitucional; posteriormente otro decreto-ley, el 21.338, del gobierno militar, cambia este título, como no podía ser de otra forma, hasta que la ley 23.077 vuelve las cosas por lo menos al orden constitucional<sup>5</sup>.

Se puede afirmar que es una forma de legislar que demuestra lo que es la Argentina, una forma de legislar y un modelo de lo que no se debe hacer en esta materia, como en ninguna otra. Detrás de estas reformas, especialmente las militares, se encuentra la idea de que la ley penal arregla los problemas del ciudadano, sin entender que se trata de otra cuestión. Toda una concepción conservadora, en el peor sentido de la palabra, que buscó y busca el consenso mediante la violencia de la ley, esto es, imponer su idea. Luego, cuando nos oponemos, con fundamentos en los derechos básicos de la personas, nos responden como Dahm y Schaffstein –juristas de Hitler, como pocos, a los que sin duda debe sumarse Mezger<sup>6</sup>–. Decían los dos primeros sobre el Derecho Penal que intentamos armar, con dificultades: “El Derecho Penal moderno ha incurrido en el mismo fracaso, a causa de

<sup>4</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39.

<sup>5</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39, en adelante. Se puede analizar un cuadro comparativo de las leyes y los artículos.

<sup>6</sup> Véase el trabajo de MUÑOZ CONDE, Francisco, *La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre “Gemeinschaftsfremde”* (1940-1944), en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-1, *Garantías constitucionales y nulidades procesales – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 665 y ss.

la condescendencia con el criminal, que el Derecho Penal clásico. La causa sería que la escuela sociológica, de la que ha salido todo ese movimiento, está en aparente contradicción solamente con la clásica, de la que es continuadora, habiendo crecido las dos bajo el signo de la filosofía iluminista y de los regímenes políticos que a su calor surgieron. En una palabra, bajo esas tentativas para conseguir una defensa social más eficaz contra los delincuentes peligrosos, no habría sino la máscara del individualismo tendiendo a una dulcificación de las sanciones en beneficio de los derechos del hombre delincuente”<sup>7</sup>.

La expresión orden público, entiende Núñez<sup>8</sup>, es equívoca por la diversidad de acepciones que contiene. Así en materia civil se habla de leyes de orden público, para significar que sus disposiciones se encuentran por sobre los derechos de las personas (arts. 5º, 502 y 872, Cód. Civ.) y al margen de la voluntad de sus destinatarios (art. 21, Cód. Civ.) sin perjuicio de las garantías constitucionales. También se habla de orden público para establecer un límite a la aplicación de las leyes extranjeras (art. 14, Cód. Civ.), entre otras acepciones. Por eso, sigue diciendo Núñez, Molinario advirtió el problema y lo equívoco de la palabra<sup>9</sup>.

Volviendo a nuestro tema, el decreto-ley 17.567 modificó la rúbrica “de orden público”, por “tranquilidad pública”, expresión ésta que fue saludada como un acierto por la doctrina argentina. Así el citado Ramos Mejía afirmaba que: “Cierto es que la denominación *Delitos contra el orden público* ha sido tradicional en nuestro Derecho y aun en la legislación extranjera que sirvió de fuente a aquél, pero nunca pudo explicarse satisfactoriamente la razón del uso inveterado de tal epígrafe, y curiosamente, pese a mantenerse aquella designación, se solía hacer clara referencia al verdadero bien jurídico cuya tutela interesaba haciendo alusión a cosas más o menos concreta e inequívocas: al orden social se refirieron los autores el proyecto de 1891; ‘el orden y la organización social’ fueron invocados por el diputado Oliver en 1910.”

<sup>7</sup> DAHM und SCHAFFSTEIN, *Liberalen oder autoritäres Strafrechts?*, cit. y analizado por ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, en *Obras completas* cit., t. II, ps. 43 y ss. (en prensa).

<sup>8</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 173 y 174.

<sup>9</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 174.

1 Y se expresaban así porque, fieles a su pensamiento, buscaban asegurar en la sociedad el orden y la tranquilidad indispensables para que cada uno pudiera desempeñarse y vivir sin sobresaltos, en un clima general de seguridad individual y de pacífica convivencia. Y ello era el bien digno de protección penal, que pudo ser llamado con acierto tranquilidad pública<sup>10</sup>.

Se ha sostenido que la expresión "tranquilidad pública" está más desprovista del estado legal o normativo que era expuesto por el término orden público. La expresión que fue usada por la reforma del año 1967 quiere hacer notar la situación de sosiego espiritual del público o de las personas en general, por eso la naturaleza subjetiva que tiene este bien jurídico está de acuerdo con los hechos que la lesionan<sup>11</sup>.

Aguirre Obarrio sostiene que en la versión italiana se definió al orden público como "el buen ensamblamiento y regular funcionamiento del convivir civil"<sup>12</sup>. Pero agrega que esta idea que estaba en Zanardelli era objetiva, en contraposición a otros autores que buscaron un concepto subjetivo, en el sentido del estado de ánimo de la población.

Otro grupo de autores apelan a un concepto mixto, en el sentido de que la sociedad pueda estar tranquila, pero que realmente existen peligros que se desconocen. Molinario terminó definiéndolo como el derecho de una sociedad a vivir libre de injustos temores<sup>13</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que los delitos como los que se estudian en el presente título producen temores, y en este caso es lo más esencial del asunto, aunque citando a Feuerbach afirma que son delitos vagos, extravagantes o vacuos<sup>14</sup>.

2 Soler<sup>15</sup> sostiene que el concepto de "tranquilidad pública" viene a traer más precisión que el de "orden público", dada la diversidad o pluralidad de sentidos que éste tiene, en especial cuando se refiere al

<sup>10</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 46.

<sup>11</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 174. En igual sentido Soler, cuando habla de "la quietud, del sosiego, para el desenvolvimiento de la vida civil" (t. IV, p. 591); LAJE ANAYA, ob. cit., p. 2.

<sup>12</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 176.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 177.

<sup>15</sup> Ob. cit., t. 4, § 130, p. 499 a 592.

orden jurídico en general y como conjunto de principios jurídico-políticos supremos. Es una forma de protección mediata de bienes jurídicos primarios pues es una de las condiciones favorables para la comisión de graves daños en el desorden y la perturbación social. Las figuras que trata este título (instigación pública, asociación ilícita, intimidación pública y apología del delito) tienen un aspecto de prevención de daños mayores. Tienden a la evitación de otros daños de manera mediata. Detrás de la instigación y de la asociación ilícita, afirma Soler, está la posibilidad de otra clase de delitos que se quiere evitar; detrás de la apología del crimen se percibe una forma indirecta de aconsejar el crimen; detrás de la intimidación están los daños derivados del desorden.

Está claro que con estos conceptos casi se está ante tipos penales que son actos preparatorios de otros delitos, por ello el castigo, dada la importancia que para el legislador tiene el bien jurídico.

Cornejo, por su parte<sup>16</sup>, afirma que es dable coincidir plenamente con la denominación propiciada por Carrara, Soler, Fontán Balestra o Núñez en cuanto sostuvieron que por la ambigüedad del término y las distintas significaciones jurídicas, resulta apropiado referirse a la tranquilidad pública como el bien jurídico lesionado.

Lo que se protege, en síntesis, a nuestro criterio, es la paz pública, en tanto la posibilidad que tiene la generalidad de seguridad en el derecho y la fidelidad al orden normativo, en cuanto a la continuación y estado de la paz social<sup>17</sup>.

Los delitos en cuestión han sido en general considerados como delitos de puro peligro<sup>18</sup>. Sin embargo, Ramos Mejía ha sostenido la siguiente posición: "Pero más recientes reflexiones me han convencido del error de tal interpretación, pues si bien la vida, la integridad per-

<sup>16</sup> CORNEJO, ob. cit., p. 36.

<sup>17</sup> VON BUBNOFF, Eckhart, *StGB, Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996, § 126, 2; JAKOBS, *ZStW*, 97 1985, 775.

<sup>18</sup> NÚÑEZ, ob. cit., 1959, t. I, p. 250; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. III, p. 466; SOLER, ob. cit. (1963), t. II, p. 164; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. I, p. 468; BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

sonal, la libertad y la propiedad puestas en peligro, reciben de manera mediata una más eficaz protección con la incriminación de aquellas conductas, lo cierto es que la ley ha individualizado otro bien jurídico —la tranquilidad pública— merecedor también de por sí de adecuada y directa protección, ya que su integridad es condición decisiva para la convivencia social. Delito de puro peligro es, a guisa de ejemplo, el previsto en el artículo 299 del Código Penal, que reprime la fabricación, introducción al país o tenencia de materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificaciones, pues de ese hecho sólo deriva peligro para la fe pública, pero no daño efectivo para ella. De análoga naturaleza son también el abuso de armas (art. 104, párr. 1º), el abandono de personas (arts. 106 y 108), algunas hipótesis de delitos contra la salud pública”. Pero, agrega Ramos Mejía, “lo contrario sucede en los delitos que vengo considerando, ya que en ellos la tranquilidad pública no es ‘objeto de lesión potencial’, sino objeto de daño efectivo, y un posible riesgo sólo existe de modo mediato para otros bienes jurídicos; prevaleciendo aquél en razón de la configuración de las respectivas acciones y de su ubicación sistemática dentro del Código Penal, cabe considerar a tales hechos como delitos de daño, si no se quiere adoptar la calificación de delitos mixtos de daño y de peligro”<sup>19</sup>.

En la clasificación que hemos hecho nosotros, no se trataría de delitos de daño o de peligro a los bienes jurídicos en particular, como la vida, la salud, etcétera, sino, frente a éstos, de delitos de acciones peligrosas concretas. Pero frente al bien jurídico orden público, se trata de delitos de daño, ya que lo ponen en un estado de riesgo<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 47, con cita de Maurach y su clasificación de este tipo de delitos.

<sup>20</sup> Véase la introducción a los delitos contra la seguridad pública.