

§ 18 Delitos de peligro

I. Introducción. II. Noción de peligro. III. Clases de delitos de peligro. 1. Peligro concreto. 2. Peligro abstracto. 3. Peligro colectivo: concreto y abstracto.

I. Introducción

El principio de lesividad¹⁵⁴ es un pilar fundamental del derecho penal propio al Estado de derecho¹⁵⁵. Esto supone la idea del delito como una acción que perjudica bienes jurídicos. No se le identifica más con el pecado o con la sola violación de derechos subjetivos. Por el contrario, es negado en los Estados totalitarios, en los que las personas están completamente sometidas al poder estatal y se percibe el delito, sobre todo, como una acción de desobediencia o de traición, como manifestación de rebeldía contra el poder.

Este principio no ha sido previsto en la Constitución, pero es indudable que en ésta se encuentra su fundamento. El modelo de Estado social y democrático de derecho adoptado (arts. 3 y 43, Const) exige que se reconozca a la persona como titular de una serie de derechos fundamentales (art. 2 Const.), lo que implica una limitación esencial del poder estatal. En consecuencia, las relaciones entre Estado y las personas no son de absoluta sumisión de éstas a aquél¹⁵⁶. El delito no debe entonces ser concebido como una simple desobediencia o infidelidad al Estado.

Además, del principio de la legalidad (art. 2, inc. 24, lit. d, Const.) se deduce de modo directo que sólo se reprime penalmente por la ejecución de acciones u omisiones y no por sentimientos, opiniones o maneras de ser personales. De lo contrario, se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, no se debe imponer una pena a una persona por lo que piensa o siente, ni someterla a una medida de seguridad sólo

¹⁵⁴ BRICOLA, 1973, p. 82 ss.; MARINI, 1993, p. 254; FIORELLA, 1987, p. 793 ss.; FIORE, 1995, p. 288; MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 449 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1995, p. 16 ss.; TOLEDO, p. 5 ss.

¹⁵⁵ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 451; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 465.

¹⁵⁶ MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 452.

por lo que es (peligrosa, prostituta, consumidor de droga, etc.). La disposición constitucional se refiere, bien es cierto, sólo a la acción y a la omisión sin establecer expresamente que se debe perjudicar un bien jurídico. Esto se comprende si se tiene en cuenta que la finalidad de la disposición constitucional es sobre todo estatuir la ley como único medio para incriminar acciones y no la de indicar cómo éstas deben ser descritas en la misma.

- 2025 En el art. 2, inc. 4, lit. 3, Const., única disposición donde se emplea el término delito, también se hace referencia sólo al comportamiento. Así, se dice: “Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión...”. No es dable, no obstante, deducir sin más de tal precepto que el constituyente entendió que los denominados delitos de prensa consistían tan sólo en suspender o clausurar un órgano de expresión. Más bien hay que aceptar que consideró que la represión de tales acciones se justificaba en la medida en que constituían atentados contra el derecho de las personas, previsto en el pf. 1 de la misma disposición, “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento...”. Por lo tanto, el legislador penal, al elaborar la correspondiente figura delictiva deberá hacerlo de manera que se repriman sólo los actos concretos que perjudiquen el bien jurídico libertad individual, en su aspecto particular libertad de información y de opinión.
- 2026 Además, hay que considerar, por un lado, que la declaración de que el fin supremo de la Sociedad y del Estado son “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad” (art. 1 Const.) excluye toda posibilidad de que, mediante el derecho penal, se trate a la persona como objeto de una sanción fundada en una simple desobediencia o en su supuesto carácter peligroso. Por otro, es importante tener en cuenta que estatuir el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, así como declarar que el “Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (art. 2, inc. 19) impide que el derecho penal sea utilizado como un instrumento para imponer a las personas una ideología política, un credo religioso o una moral determinados e, igualmente, que el delito sea concebido como la mera desobediencia a un sistema político, a normas religiosas o morales.
- 2027 Según los criterios constitucionales reseñados, el principio de lesividad implica que el derecho penal esté orientado única y exclusivamente hacia la protección de bienes e intereses que deben reprimirse como delito, en consecuencia, sólo las acciones que los perjudiquen. De este planteamiento se deduce que el legislador penal no debe reprimir comportamientos inofen-

sivos para los mismos y, además, que la interpretación de los tipos legales ha de llevarse a cabo respetando en forma estricta el citado principio.

Los cambios sociales, económicos y los avances de la ciencia y técnica han 2028 modificado, sobre todo en los últimos años, a fondo las condiciones de vida; lo que ha hecho necesario perfeccionar la protección de los bienes jurídicos y completarla en relación con las nuevas tendencias de las personas y de la comunidad. Así, la legislación penal se ha desarrollado y los criterios dogmáticos han sido renovados para hacer frente con eficacia a nuevas formas de delincuencia. Un buen ejemplo es la evolución y el nivel que ha adquirido el denominado derecho penal económico. Los nuevos intereses a los que habría que conceder protección penal, serían, por ejemplo, los referidos al mercado de valores, al buen funcionamiento de las empresas industriales o comerciales, a los derechos de los consumidores, al medio ambiente, al patrimonio genético, a la informática. El objetivo no es proteger los individuos o evitar daños materiales, si no más bien garantizar cierta seguridad para que instituciones e intereses colectivos se desarrollen normalmente.

Las primeras dificultades dogmáticas que se advierten cuando se pretende 2029 abordar el análisis de la relación que debe existir entre el principio de lesividad y estos intereses supraindividuales, conciernen a la determinación de qué significa perjudicar un bien jurídico. Es evidente que, teniendo en cuenta la noción asumida de éste¹⁵⁷, no se trata de dañarlo en sentido natural, materialmente. La situación es clara en relación con los delitos de lesión en los que el bien jurídico es perjudicado en la medida en que el autor daña el objeto del delito. Las dudas se presentan respecto a los delitos de peligro y, aún más, en los llamados delitos de peligro abstracto. También se dan en relación con los delitos de omisión propia en los que se reprimiría la simple violación de un deber de actuar.

II. Noción de peligro

Mucho se ha discutido sobre la manera de concebir el peligro o la situación 2030 de peligro. En el lenguaje común, se entiende por peligro el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal” y por situación de peligro aquella que “aumenta la inminencia del daño”. En oposición a esta percepción objetiva, se percibe el peligro como el temor que tiene la persona

¹⁵⁷ Cfr. *supra* N° 58 ss.

concernida de que se produzca el daño que lo amenaza. Esta diferencia de perspectivas también se ha dado en el ámbito del derecho penal, en el cual además existen diversas maneras de definirlo en función de la categoría jurídica aplicada (p. ej., imputación objetiva, tentativa).

- 2031 Desde la concepción determinista que afirma que dadas todas las condiciones se producirá necesariamente un suceso, se ha sostenido que sólo hay lugar para la alternativa: el resultado se produce o no se produce. Las dudas de que uno de estos extremos se realice son debidas únicamente a la falta de información suficiente sobre la manera como se desarrollarán los hechos. De modo que el peligro no existe objetivamente; se trata sólo de un juicio de apreciación equivocada sobre la realidad¹⁵⁸. Así, la represión de los denominados delitos de peligro no es cuestión de dicho peligro objetivamente inexistente, sino más bien del sentimiento de seguridad tanto de las personas individuales como de la comunidad. Esta idea ha sido retomada, de cierta manera y en otro marco conceptual, cuando se sostiene que la represión de los delitos de peligro no tiene por objeto proteger directamente bienes jurídicos, sino más bien el interés distinto y autónomo a la seguridad sobre la existencia de los mismos. El titular del bien jurídico atacado vería cuestionado su interés de tener la seguridad de poder disfrutar de éste¹⁵⁹.
- 2032 La evolución de la noción de peligro muestra una tendencia favorable a la percepción objetiva de éste, es decir en tanto hecho real, apreciado de acuerdo con la experiencia y sin consideración de las impresiones personales de la persona concernida¹⁶⁰. Desde esta perspectiva predominante, la manera cómo se explica la noción general de peligro y los diferentes problemas relativos a los delitos de éste carácter se encuentra muy influenciada por la dogmática alemana, aún condicionada por los criterios establecidos por Binding. De acuerdo con su teoría sobre las normas, este autor distinguió tres clases de infracciones¹⁶¹: delitos de lesión relativos a las prohibiciones de lesión (*Verletzungsverbote*), delitos de peligro relacionados con las prohibiciones de peligro (*Gefährdungsverbote*) y delitos de desobediencia referidos a las simples prohibiciones (*Verboten*). Conforme a su opinión, sólo las dos primeras afectan bienes jurídicos; criterio que se comprende si se tiene en cuenta que este autor definía al bien jurídico (concebido desde

¹⁵⁸ DELITELA, 1969, p. 288 ss.; MEZGER/BLEI, 1977, p. 86.

¹⁵⁹ KINDHÄUSER, 1989, p. 163 ss.

¹⁶⁰ GALLAS, 1972, p. 176; HORN, 1973, p. 32 ss.

¹⁶¹ BINDING, 1916, I, p. 326 ss.; p. 339 ss.

una perspectiva material) y al peligro de manera bastante restringida. En la obra de Binding¹⁶², el peligro constituye siempre una agresión efectiva capaz de perturbar la existencia de los bienes jurídicos (*Erschütterung der Daseingewissheit*). En este sentido sólo admitió el delito de peligro, lo que le permitió delimitar mejor los delitos de desobediencia (que no perturban de verdad un bien jurídico).

Para reforzar su idea restringida de peligro, Binding¹⁶³ recurrió a un criterio matemático en la medida en que, sin admitir la idea de probabilidad, concebía a éste como un conflicto de posibilidades, en el que las condiciones favorables para que se produjera el perjuicio eran más importantes que las desfavorables. Acorde con ello, percibía al peligro como una situación objetiva (*Zustand*) producida causalmente y consistente en el estado de crisis en que se colocaba la existencia del bien jurídico, y no como la mera posibilidad de un perjuicio futuro. De modo similar, Schröder¹⁶⁴ afirma que el peligro es una situación en la cual una modificación insignificante (*geringfügige*) de las circunstancias en las que desarrollado el comportamiento hubiera dado lugar, necesariamente, al daño. 2033

Esta concepción restringida de peligro es insuficiente. Uno de sus aspectos discutibles es el de concebirlo como un suceso o evento considerado en sí mismo y no en relación con hechos futuros e inciertos¹⁶⁵. Al configurar los delitos de peligro, la preocupación no se refiere a lo que ya ha sucedido en cuanto tal (una colisión de vehículos o la explosión de una granada), sino más bien a lo que podría haberse producido a consecuencia de esta situación fáctica (muerte o lesión de personas, daños a cosas). Esta posibilidad de perturbar bienes jurídicos ajenos es lo que se valora de manera negativa y, por lo tanto, la que debe evitarse. El aspecto decisivo del concepto de peligro radica entonces en la relación entre el suceso (considerado fuente de riesgos) y el mal futuro que pueda producirse¹⁶⁶. Esta relación, por lo demás, no tiene existencia autónoma, ya que depende de los factores extremos: el comportamiento y el probable perjuicio. 2034

A diferencia del vínculo de causalidad, la relación referente al peligro es siempre un nexo de posibilidad y no de necesidad entre la fuente del riesgo 2035

¹⁶² BINDING, 1916, I, p. 372 ss.

¹⁶³ BINDING, 1916, I, p. 382 ss., 389.

¹⁶⁴ SCHRÖDER, 1969, p. 13.

¹⁶⁵ PARODI, 1990, p. 182 ss.

¹⁶⁶ PARODI, 1990, p. 187 ss.; MILITELLO, 1984, p. 18 ss.

y el mal futuro. Esta relación (valorada de manera negativa por el orden jurídico) indica que, en las circunstancias en que tiene lugar, el comportamiento puede desarrollarse en un cierto sentido y causar un perjuicio. Hay, pues, incertidumbre respecto a si el daño se producirá o no. Esto se debe a que la situación se aprecia *ex ante*, esto es, en el momento en que se presenta, y de acuerdo con los limitados conocimientos que se tengan en ese instante (desconociendo, por ejemplo, algunas circunstancias porque aún no se habían verificado o porque no es posible esclarecer todas las condiciones del suceso). En el caso de la causalidad, hay que tener en cuenta, por el contrario, todos los conocimientos en el momento de proceder a su apreciación con posterioridad a los hechos.

- 2036 Además, el hecho de casi identificar el peligro con el resultado (en sentido técnico) hace que deban tenerse en cuenta, al comprobarse su existencia, todos los conocimientos disponibles en el momento del suceso. Sin embargo, este procedimiento desnaturaliza la categoría de peligro puesto que de esta manera se termina constatando si se ha o no producido un daño. El peligro sería admitido sólo cuando no se pudiera explicar por qué el perjuicio, que debía producirse según los conocimientos proporcionados por la experiencia y la ciencia, no tuvo lugar en definitiva. Esto conduciría a no admitir el peligro cuando la no consumación del daño fuera puramente casual.
- 2037 A nivel de la política criminal, la concepción restringida de peligro impediría que se ampliara la esfera de protección del derecho penal, pues, no se comprendería a los llamados delitos de peligro abstracto¹⁶⁷. Este tipo de peligro no estaría incluido en la indicada definición, de modo que si se estimara aún indispensable reprimirlo sería necesario elaborar otra noción del mismo. Pero ello implicaría trabajar con una duplicidad de conceptos que no es compatible con la unidad del sistema dogmático.
- 2038 Para superar estas dificultades se ha propuesto definir el peligro como la relación de posibilidad de que a partir de un suceso se derive un perjuicio futuro. Al respecto, el problema radica en determinar cómo debe comprenderse el factor posibilidad: incertidumbre de que el daño se produzca¹⁶⁸. Ante todo, debe descartarse la idea de que es suficiente cualquier posibilidad para evitar caer en el exceso de que poco importa la intensidad del

¹⁶⁷ Cfr. *infra* N° 2046 ss.

¹⁶⁸ GERMANN, 1942, p. 244, 247; STRATENWERTH/JENNY, 2003, § 4 N° 8; HURTADO POZO, 1997b, N° 483; WILFRAT, 1968, p. 240 ss.

riesgo (por más insignificante que sea) para calificar la situación de peligrosa. Además, hay que aceptar que la posibilidad en tanto tal no puede ser graduada de mayor o menor; antes bien, sólo las condiciones que hacen o no posible el perjuicio pueden ser calificadas de más o menos cercanas física y temporalmente a la producción del percance. Se trata entonces de un juicio de valor que expresa si la posibilidad es importante y seria o, por el contrario, insignificante. Esta apreciación está condicionada por el sentimiento social y jurídico predominante en un momento determinado en una sociedad dada¹⁶⁹, por lo que no constituye un criterio invariable. Por esto, en derecho penal, la verificación científica de la probabilidad de un perjuicio no es suficiente para admitir la realidad de un peligro. Su existencia ha de ser precisada normativamente mediante el juicio de valor indicado con anterioridad.

Aunque bastante difundido, no es conveniente adoptar el criterio consistente en aplicar de manera uniforme un concepto general para determinar si una circunstancia es peligrosa. Desde una perspectiva histórica, por ejemplo, se puede constatar que se han dado cambios esenciales en cuanto a la apreciación de lo que se consideraba inocuo para la salud de las personas o para el medio ambiente y que ahora se estima que no lo es. Tratándose de bienes personales como la salud, hay que tener en cuenta la importancia del bien y el tipo de perjuicio que se puede sufrir; mientras que respecto a los materiales (p. ej., el patrimonio), hay que considerar, además, el número de objetos afectados. Al respecto, juega un papel decisivo el tipo penal; por ejemplo, para admitir el peligro que amenaza la vida de una persona individual, conforme al art. 126, el grado de probabilidad de que se produzca el perjuicio que se busca evitar debe ser mayor que en el caso de la probabilidad de que se desencadene el derrumbamiento de una represa (art. 277). Es decir, en cuanto a este último caso, una violación mínima de las medidas de seguridad puede considerarse suficiente para la consumación del tipo legal (de puesta en peligro de la vida y salud de las personas o de bienes patrimoniales).

En derecho penal, la noción de peligro no es uniforme. Su contenido, amplitud y determinación están relacionadas con el ámbito en que es aplicada: tentativa, legítima defensa o estado de necesidad, delitos culposos, etc. Merece especial mención el criterio del riesgo permitido por ser utilizado, con relativa frecuencia, como límite para afirmar o negar la existencia del

¹⁶⁹ BUSTOS/POLITOFF, 1968, p. 42.

riesgo. Si bien este criterio es útil para delimitar las condiciones que permiten imputar objetivamente un perjuicio al autor de un acto o precisar si éste ha obrado con culpa, no es suficiente para precisar la noción de peligro, puesto que el grado de probabilidad necesario para que el mismo exista, está en relación con la índole dañina de la infracción y con el momento en el que, mediante la interpretación teleológica, se busca verificar si el acto es esencialmente perjudicial para el interés protegido. El peligro es determinado en relación directa con el comportamiento concreto (singular), mientras que constatar si se ha superado el riesgo permitido requiere un juicio de valor sobre la índole general del comportamiento.

- 2041 Concebido el peligro como una relación de probabilidad entre un acto y un perjuicio futuro (en la que el factor probabilidad es variable), hay que admitir que se trata de una noción normativa, en el sentido de que sus diversas acepciones están determinadas por cada uno de los preceptos (de la parte general o especial del Código), en los que se le asigna un papel diferente. Por ejemplo, en relación con los tipos legales el peligro puede aparecer como un presupuesto del delito (art. 452, inc. 4), como calificativo del comportamiento (art. 451, inc. 1), atributo del objeto del delito (art. 289) o como resultado del delito (art. 282). Sin embargo, en la interpretación y en la aplicación deben considerarse, de manera particular, además de la función atribuida al peligro, los criterios constitucionales de la prevención y de la proporcionalidad de la represión penal.

III. Clases de delitos de peligro

- 2042 El legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección. En lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material), estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro)¹⁷⁰. De esta manera, por ejemplo, la protección del bien jurídico vida se organiza en tres niveles: primero, contra los ataques directos destinados a dar muerte a una persona (homicidio, art. 106); segundo, contra los ataques indirectos consistentes en

¹⁷⁰ CHAVANNE, 1969, p. 128.

crear un riesgo individual para la víctima (exposición a peligro de muerte, art.125); y, tercero, contra los ataques indirectos a bienes colectivos que son indispensables para que las personas vivan en seguridad (adulteración de substancias o bienes, art. 287).

Si bien la gran parte de autores están de acuerdo sobre la necesidad de au- 2043
mentar de este modo la protección, sobre todo, de los bienes jurídicos más importantes y de aquellos cuya recuperación sería imposible, difícil, lenta o costosa, las divergencias surgen cuando se trata de determinar hasta dónde puede ir el legislador sin que se le reproche faltar al principio de lesividad. En otras palabras, cuándo puede afirmarse que ha incriminado una acción de manera tal que la ha vaciado del contenido que debe tener de acuerdo con el citado principio.

1. Peligro concreto

Se considera como delito de peligro concreto, la infracción definida en el 2044
tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico. Esta última es, en consecuencia, el resultado (elemento constitutivo del tipo legal objetivo). En efecto, al igual que ocurre con los delitos de lesión, en los delitos de peligro concreto el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada. Por eso, la cuestión de la causalidad y de la imputación objetiva se plantea de la misma manera que en relación con los delitos de lesión. Sin embargo, a diferencia de éstos, en donde el objeto del delito (cosa, persona, etc.) es directamente afectado por el quehacer delictuoso, en los delitos de peligro concreto dicha modificación sólo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito.

En los delitos de peligro concreto, el legislador respeta el principio de le- 2045
sividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. La situación es clara en casos como el de la exposición al peligro de muerte del art. 125. Aunque la descripción contenida no tenga la misma precisión respecto a la producción de un peligro, no hay mayores dificultades para concluir que éste también es una condición de la represión cuando el mismo texto legal permita esta interpretación. Así, si bien en el art. 286 se reprime a quien “envenena, contamina o adultera aguas o substancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo”, sin

indicarse que debe ponerse en peligro a las personas, hay que admitir que no se busca sancionar cualquier tipo de tales acciones, sino sólo aquellas que por su magnitud supongan un daño inminente para la salud pública, ya que están “destinadas al consumo”. Así mismo, cuando en el art. 280 se sanciona a quien “ejecuta cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o de cualquier otro medio de transporte colectivo o de comunicación destinado al uso público”, hay que aceptar que para comprobar que el acto cometido por el agente “pone en peligro la seguridad de naves” es indispensable constatar que implicaba también un peligro para los usuarios. De ahí se sigue que el tipo legal no debe considerarse realizado si el comportamiento del autor no alcanzó este nivel de peligrosidad debido a que no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la seguridad pública (bien jurídico protegido).

2. Peligro abstracto

- 2046 A diferencia del delito de peligro concreto, el de peligro abstracto¹⁷¹ no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consume con la realización de la acción reprimida por peligrosa¹⁷². El peligro, así visto, aparecería como la *ratio* que ha motivado al legislador para incriminar la conducta¹⁷³.
- 2047 El legislador, basándose en los conocimientos adquiridos por la experiencia y las ciencias, comprueba la existencia de comportamientos riesgosos para los bienes jurídicos. Esta constatación lo lleva a prohibir dichas acciones sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, ya que lo que se pretende es bloquear su fuente (la realización de comportamientos como el descrito en el tipo legal). Se trata, pues, de un peligro general y difuso, y no de uno efectivo y real, propio de los delitos de peligro concreto.
- 2048 Debido a que su ejecución no implica perturbación real de un bien jurídico, los delitos de peligro abstracto sólo serían infracciones de desobediencia y, en consecuencia, delitos de pura actividad¹⁷⁴. Esta manera de entender los delitos de peligro abstracto, no obstante, olvida que también los hechos

¹⁷¹ LUZÓN, 1996, p. 314; MARTÍNEZ-BUJAN, 1999, p. 108 ss.

¹⁷² PEÑA CABRERA, 1995, p. 281.

¹⁷³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 2; JAKOBS, 1991, 6/86 ss.; ROXIN, 2006a, § 11 N° 161; HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 306 ss. N° 3a ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 8 N° 43.

¹⁷⁴ HORN, 1973, p. 27 ss.

punibles de pura actividad son comportamientos que deben ser reprimidos en la medida en que afectan bienes jurídicos. Dicho de otra manera, si bien la finalidad de los delitos de peligro abstracto consiste en ampliar la intervención del derecho penal para proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos, ello no significa que haya que acudir a los delitos de ésta clase para reprimir comportamientos inofensivos, en donde no se respeta del todo el principio de lesividad. Sin embargo, hay que considerar así mismo que frente a las nuevas necesidades de protección penal se dan casos en los que los intereses a salvaguardar (medio ambiente, economía nacional, mercado de valores, etc.) no pueden ser afectados en el sentido aceptado desde hace tiempo. Por esta razón, el hecho típico sólo puede concebirse como la violación de obligaciones jurídicas; sin tenerlas en cuenta, no podría determinarse cuáles son los comportamientos ilícitos¹⁷⁵.

No obstante, no basta permanecer en el nivel formal afirmando que el peligro sólo es la *ratio legis* y que resulta suficiente constatar que el comportamiento ha sido realizado para asentar que se ha consumado el tipo legal. En la medida en que éste es elaborado por el legislador para reforzar una norma y alcanzar un objetivo (no comportarse de manera peligrosa y evitar dañar bienes jurídicos de terceros), estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para verificar si la acción está comprendida concretamente en el tipo legal. Es decir, para aplicarlo, el juez debe comprobar, en atención al bien jurídico, si el comportamiento reúne los requisitos exigidos (en especial, el carácter peligroso que el legislador ha tenido en cuenta para incriminar su simple ejecución). No es suficiente, en consecuencia, la simple violación de la obligación de obrar, sino que se requiere una acción que, objetivamente, esté impregnada de amenazas para el bien jurídico¹⁷⁶.

En esta perspectiva, el principio de lesividad sería violado cuando el delito de peligro abstracto esté previsto como la mera desobediencia de determinados mandatos del orden jurídico. Por ejemplo, el conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad (art. 274); el fabricar, almacenar, suministrar o tener en su poder bombas o armas ilegítimamente (art. 279); el violar las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga (art. 292); el depositar, comercializar o verter desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir

¹⁷⁵ Cfr. TIEDEMANN, 1969, p. 28.

¹⁷⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 462, 469.

con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente (art. 307). Formalmente, para considerar consumadas estas infracciones bastaría verificar que el agente ha cometido uno de los comportamientos indicados en los tipos legales, sin que sea necesario comprobar que alguna persona fue puesta en peligro fuera del propio autor. Esta interpretación estaría justificada porque el legislador ha considerado, de acuerdo con la experiencia, que dichas acciones son en sí peligrosas. Sin embargo, tal planteamiento no satisface, pues, lo cierto es que bajo esta presunción *juris et de iure* se reprimen comportamientos que no perjudican a los bienes jurídicos¹⁷⁷. Por esto se impone interpretar los tipos legales concernidos a luz del principio de lesividad, otorgándoles, en consecuencia, un substrato material. El simple acto de verter desechos domésticos en un lugar no autorizado no realiza el tipo legal del art. 307, ya que es indispensable que la acción sea de tal magnitud que represente al menos un peligro para el medio ambiente; de lo contrario no se explicaría por qué el legislador reprime como falta el hecho de arrojar “basura [desechos domésticos] en la calle o a un predio ajeno [lugar no autorizado]” (art. 451, inc. 6).

- 2051 No es acertado, por lo afirmado, hablar de peligro presunto para referirse al delito abstracto¹⁷⁸. Esta última expresión es más precisa en la medida en que denota la represión de diversos comportamientos que tienen como especificidad común la de implicar un riesgo para los bienes jurídicos, sin tener en cuenta las características particulares del caso concreto. De esta manera, no se trata, como en el caso de la presunción (peligro presunto), de equiparar actos diversos entre sí con el fin de tratarlos de la misma manera, como si todos fueran peligrosos. Lo que hay que afirmar, en buena cuenta, es que el peligro abstracto, por ser el fundamento de la disposición penal, no debe ser verificado aplicando los criterios utilizados para constatar el peligro concreto, sino más bien empleando parámetros diferentes y más generales. En esta perspectiva, no hay que buscar cuál es la calidad intrínseca que distingue los delitos de peligro concreto de los de peligro abstracto, sino determinar qué criterios debe aplicar el juez para, según el grado de concreción o de abstracción, distinguir las dos formas de delitos de peligro.
- 2052 Sin embargo, queda abierta aún la interrogante de si, en situaciones excepcionales, es o no conveniente recurrir a la técnica de los delitos de peligro

¹⁷⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 469; MÉNDEZ, 1993, p. 134; Cfr. WESSELS/BEULKE, 2001, N° 29.

¹⁷⁸ TORIO, 1981, p. 838 ss.; Cfr. MIR PUIG, 1998, p. 209.

abstracto. La respuesta parece ser afirmativa en los casos, primero, de ciertos bienes colectivos que por lo general no pueden ser perjudicados por acciones individuales. Así sucede con el bien jurídico medio ambiente. En el ejemplo que venimos de proponer, la peligrosidad de la acción individual, de cierta importancia, debe deducirse, según los criterios debidamente confirmados por la experiencia, de su efecto acumulativo con el de otras acciones de la misma clase (arrojar desechos). En segundo lugar, también parece conveniente acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto, cuando según el estado actual de los conocimientos científicos se afirma el carácter peligroso general de algunas acciones, sin llegar a demostrarlo en los casos concretos. Este criterio permite comprender mejor el art. 288 que reprime a quien, por ejemplo, pone en venta o en circulación, un producto, a sabiendas, de que su consumo o empleo “puede comprometer la salud de las personas”. El término comprometer debe entenderse, entonces, en el sentido de que de manera general se sabe que el producto es peligroso, pero no se puede comprobar su peligrosidad respecto a cada hecho particular. Este riesgo general basta para admitir que la acción perturba el bien jurídico salud pública. La situación es, por el contrario, diferente respecto al art. 294 que reprime a quien, “teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta a la declarada o convenida o vencido el plazo que garantiza su buen estado”. Aquí, no se dan ninguna de las dos hipótesis señaladas (necesidad especial de proteger un bien colectivo o incapacidad científica de probar el peligro en el caso concreto); se trata más bien de una simple infracción de desobediencia que debe ser interpretada en el marco del principio de la lesividad. Así, por ejemplo, el farmacéutico que entrega en lugar del medicamento indicado en la receta médica, otro de mejor calidad no sólo no crea un peligro, sino que más bien actúa en provecho de la persona concernida. En consecuencia, su comportamiento no puede ser reprimido a pesar de que cumple formalmente con la descripción del tipo legal, por no perjudicar el bien jurídico salud pública.

En todo caso, debe evitarse la utilización del derecho penal, sabiendo que 2053 no será eficaz en la práctica, como instrumento de formación de una conciencia cívica en las personas (derecho penal simbólico)¹⁷⁹. La represión prevista en la norma no está entonces dirigida a la protección real de un bien jurídico, si no que tiene sobre todo por objeto intimidar a autores

¹⁷⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 467 ss.; HASSEMER, 1991, p. 23 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 29.

potenciales y, además, tranquilizar a la comunidad frente a determinado fenómeno delictivo mostrando la capacidad del Estado para solucionar este problema. Esto no significa negar el papel simbólico que tiene la amenaza penal en el sistema de control de éste carácter, pero si rechazar que se recurra al derecho penal sólo para que cumpla un mero papel como el descrito. Proceder de esta manera implica propiciar la manipulación política del poder punitivo y debilitar el efecto limitador del principio de lesividad.

3. Peligro colectivo: concreto y abstracto

- 2054 En oposición al peligro individual, el peligro colectivo fue concebido inicialmente como el desencadenamiento de fuerzas naturales cuyos posibles daños en detrimento de las personas y de las cosas escapan, total o parcialmente, al control de quien lo ocasiona. Esta noción es demasiado restringida porque la situación peligro caracterizada por su amplitud, su carácter incontrolable e indeterminable, puede ser provocado por otros medios, como por ejemplo la utilización de armas, maquinarias, sustancias químicas.
- 2055 El factor determinante es más bien el comportamiento mismo del agente y la representación que éste tiene tanto de su accionar como de los perjuicios que puede ocasionar. El número de personas y bienes afectados por la situación riesgosa no es decisivo. Pero deben representar, aunque escogidos al azar, la colectividad en general. Puede entonces tratarse aún de un número determinado de personas, siempre y cuando no constituyen las víctimas que el agente quiere poner en peligro en particular. Por ejemplo, el lanzamiento de un explosivo contra un avión lleno de pasajeros crea también un peligro colectivo para otras personas o sus bienes. Observado el comportamiento *ex ante*, pone en peligro personas que son percibidas como representantes de la colectividad o comunidad. Este peligro es colectivo a pesar que, analizado *ex post* el suceso, una sola persona haya sido realmente puesta en peligro¹⁸⁰.
- 2056 Un aspecto importante del peligro colectivo se refiere al bien jurídico, ya que si bien los delitos de peligro de éste carácter constituyen también barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, esta protección se efectúa garantizando la permanencia de bienes jurídicos denominados colectivos. Por ejemplo, el delito de incendio (art. 273) es reprimido con la

¹⁸⁰ STRATENWERTH/BOMMER, 2008, 4. Kapitel, N. 5.

finalidad de proteger la seguridad pública, aunque implica también la protección, en segundo plano, de la vida, salud y patrimonio de las personas. Lo mismo se puede afirmar respecto a la protección del medio ambiente: la represión del delito de contaminación del agua o del aire (art. 304) se orienta a preservar las buenas condiciones naturales para que las personas se desarrollen normalmente. Sin embargo, la dificultad está en precisar en qué consisten cada uno de los bienes jurídicos colectivos.

Entre la manera de concebir el peligro colectivo y la de percibir el bien jurídico de éste género existe una relación estrecha, la cual está condicionada por la manera como ha sido regulado cada uno de los delitos considerados de peligro colectivo. En todo caso, teniendo en cuenta que el peligro es una relación de probabilidad de un resultado incierto entre la acción y el futuro perjuicio, hay que considerar que la valoración de los actos incriminados por su índole riesgosa implica siempre una cierta abstracción de la realidad, la misma que debe estar acompañada de algún componente de concreción. 2057

Poco importa además que se pueda o no identificar a la persona o bien que estuvo en peligro. Si se buscara individualizar el objeto de la tutela penal y concretar lo más posible el peligro, los tipos legales de los delitos de peligro colectivo serían desnaturalizados y, de esta manera, se les despojaría de toda eficacia para proteger los bienes jurídicos colectivos. 2058

El peligro colectivo se presenta también como peligro concreto o como abstracto. Los tipos legales de peligro colectivo concreto suponen el reenvío a las normas generales de la experiencia para verificar si se ha realizado una probabilidad importante de que se produzca el perjuicio futuro (delito de resultado). Mientras que por intermedio los tipos legales de peligro colectivo abstracto se remite a comportamientos o sucesos generalmente peligrosos (delitos de pura actividad), mediante la descripción expresa en la ley. 2059

