



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Cabezas Cabezas, Carlos

Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de
peligro

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIV, 2010, pp. 227-280

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616611007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN BAJO LA INGESTA DE
ALCOHOL O SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES
COMO DELITOS DE PELIGRO*

["Driving Offences under Alcohol Influence or Mood Altering Substances as
Crimes of Endangerment"]

CARLOS CABEZAS CABEZAS**
Universidad de Antofagasta, Chile

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto determinar si los delitos contemplados en los artículos 196 C y E de la Ley N° 18.290 *del Tránsito* son, efectivamente, delitos de peligro abstracto o no, teniendo en consideración la aguda crítica que despiertan estas figuras en la doctrina en general. La posición del autor se orienta hacia una reinterpretación de estos delitos en clave de peligro concreto, única forma de respetar el principio de ofensividad.

PALABRAS CLAVE: Estado de ebriedad – Peligro abstracto – Peligro concreto – Principio de ofensividad – Conducción.

ABSTRACT

This work is aimed at determining whether offences included in articles 196 C and E of Law No. 18.290 *of the Traffic Law* are, actually, crimes of abstract danger or not, considering the severe criticism these legal aspects arise in general. The author is focused on reinterpreting these crimes as real danger, the only way to respect the *principle of injury*.

KEYWORDS: Drunkness – Abstract danger – Concrete danger - Principle of injury – Driving.

* Parte de la tesis presentada para la obtención del grado académico de Magíster en Derecho y proceso penal, dirigida por el Dr. José Luis Guzmán Dálbora, a quien debo mi agradecimiento por su orientación y consejos. También a los profesores de la Comisión examinadora y a las sugerencias realizadas.

** Magíster en Derecho y procesos penales por la Universidad de Antofagasta. Dirección postal: Avenida Universidad de Antofagasta 02800, Antofagasta. Correo Electrónico: ccabezas@uantof.cl

I. INTRODUCCIÓN

La escasa doctrina nacional acerca de los delitos que nos ocupan afirma que el delito contemplado en el artículo 196-E de la *Ley del tránsito* es de peligro abstracto¹. La jurisprudencia sigue un derrotero similar². En efecto, la redacción de la primera parte del artículo en cuestión parece confirmar esta postura, toda vez que castiga la conducción en este estado sin exigir, de un lado, “resultado” alguno: lesiones, muerte o daños; y, de otro, pues el tipo no exige la puesta en peligro efectiva de bien jurídico alguno, según la definición tradicional de estas figuras típicas.

Sin embargo, esta constatación no ha ido acompañada de crítica de ninguna especie, lo que llama poderosamente la atención, pues se trata de una categoría delictuosa sumamente polémica y discutida en la doctrina extranjera. En efecto, los textos citados y las monografías sobre el particular apenas si se pronuncian sobre la naturaleza de este ilícito sin consideraciones de ninguna especie relativas a su constitucionalidad, legitimidad, rendimiento conceptual y, sobre todo, por su escasa compatibilidad con principios cardinales del Derecho punitivo.

Ello puede obedecer a factores diversos. Entre ellos podemos nombrar los siguientes: se trata de un delito que siempre ha sido de peligro abstracto (incluso desde su ubicación original en el *Código Penal*³); porque ha

¹ Véanse: CURY URZÚA, *Derecho penal, Parte general* (7ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 293; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) IV, p. 329; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal. Parte especial* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 122; SILVA SILVA, Hernán, *El delito de manejar en estado de ebriedad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 41; VILLALOBOS, Sergio, FIGUEROA, Renzo - MAGGIOLO, Juan C., *Conducción Bajo la influencia del alcohol y estado de ebriedad* (Santiago, Editorial ConoSur, 1999), p. 59;

² Véanse la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 16 de agosto de 2007, en Jurisprudencia Electrónica LexisNexis, N° identificador 37076; STJOP, Santiago, 22 de febrero de 2007, en *Revista Procesal Penal*, 56 (LexisNexis, Santiago febrero de 2007), pp. 161-171; sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de febrero de 2005, rol N° 46-2005, en Jurisprudencia Electrónica PuntoLex; sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de julio de 2006, rol N° 102-2006, en Jurisprudencia Electrónica PuntoLex; sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 16 de agosto de 2007, rol N° 162-2007, en Jurisprudencia Electrónica PuntoLex.

³ A diferencia de lo que aconteció en España, donde el llamado Código de la Circulación lo consideraba como de peligro concreto. Véase: CUELLO CALÓN, Eugenio, *Ley penal del automóvil* (Barcelona, Bosch, 1950), p. 23, aunque si bien es cierto no dice textualmente que se trata de un delito de peligro concreto, puede inferirse tanto de lo que señalaba el artículo 1 de la Ley de 9 de mayo de 1950 (en un estado de

existido pacíficamente a lo largo de más de un siglo, como otros delitos de la misma especie; y, porque, al tratarse de un ilícito que por lo general no redundaba en privación de libertad, sino en penas de entidad menor e incluso sin sanción alguna, frente a las nuevas salidas alternativas a la condena que concede el *Código Procesal Penal*, genera poco impacto y un desinterés galopante.

Esta falta de interés es, en modo alguno, justificable. Primero, porque, como ya apuntábamos, el peligro abstracto es una categoría sumamente discutida; pero luego, y más importante aún, porque en el ambiente propiciado por la denominada “sociedad del riesgo” y en el cada vez más patente interés de parte del legislador en echar mano del recurso punitivo para la solución de problemas sociales⁴ – olvidando de plano el principio de *ultima ratio*– la seguridad del tráfico es un interés evidente, a la mano y con un impacto mediático y social lo suficientemente amplio como para convertirse en objeto de regulación, en el sentido de aumentar la protección dispensada a este bien jurídico de la forma en que el legislador suele hacerlo: aumentando las sanciones, adelantando las barreras de tutela, criminalizando.

Por ello es preciso analizar estos delitos que pasan más bien inadvertidos, pues la clara tendencia a administrativizar el Derecho penal se sirve

incapacidad para realizarlo con seguridad) como de lo que para el autor eran estos delitos de peligro. En todo caso, respecto de la doctrina nacional, hay que hacer presente que este desinterés, tanto respecto de los delitos de peligro abstracto en general como de aquellos relativos a la especie criminal objeto de este trabajo cuenta con una muy honrosa excepción: la excelente monografía de la profesora Tatiana Vargas Pinto, editada en 2007, donde ataca, aunque con fundamentos diferentes y soluciones diversas a los aquí planteados, la legitimidad de estas figuras. VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado* (Pamplona, Aranzadi, 2007).

⁴ Opinan así, entre otros, CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl, *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*, en *Revista Chilena de Derecho*, 27 (2000), 1, pp 135-153, p. 146, para quien: “hay que prevenir la asunción de funciones promocionales. Es decir, emplear el Derecho penal para favorecer aquellos intereses que, más que conformar bienes jurídicos propiamente tales, representan la consecución de ciertos objetivos de organización social”. De esta forma, parece lejana aquella afirmación de GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho penal: Introducción* (Madrid, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 1995), p. 271, en orden a que “la historia del Derecho penal [...] es la historia de su desaparición, y esta es cosa de tiempo”. En un sentido también claramente crítico de la situación: HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad* (Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999), p. 12, para quien estas funciones “promocionales” o “simbólicas” no pueden realmente ser satisfechas, ocasionando la pérdida de la credibilidad en el sistema penal y defraudando las expectativas de los ciudadanos.

de ilícitos de entidad menor, como el que constituye la materia de este trabajo. La doctrina debe tener herramientas para interpretar los nuevos tipos penales que, de seguro, surgirán, entregar soluciones allí donde una descuidada redacción legal oscurezca su aplicación y, en definitiva, criticar adecuadamente los tipos que no obedezcan a necesidades reales de tutela o cuya forma de protección no sea compatible con los principios que sustentan la “dolorosa disciplina”.

A continuación, daremos breve vistazo a las diversas teorías acerca de los delitos de peligro elaboradas en la doctrina, junto con los intentos de armonización elaborados para que la aplicación de los delitos de peligro abstracto no resulte tan conflictiva; en seguida, a la luz de las conclusiones que podamos extraer, analizaremos el delito del artículo 196-E inciso primero de la Ley Nº 18.290. Finalmente entregaremos nuestra propia interpretación acerca de este delito y los fundamentos que nos permitirán arribar a dicha conclusión.

Nos serviremos de doctrina extranjera sobre el particular, especialmente española, sin perjuicio de lo cual debe tenerse presente que, a pesar de ser delitos de este jaez así considerados en ambos ordenamientos, el tipo español no coincide plenamente con el nacional⁵. También nos serviremos, en menor medida, de doctrina italiana y alemana, con la misma prevención.

II. BREVE CONSIDERACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO EN GENERAL Y DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN PARTICULAR

1. *Problemas derivados de la consideración del manejo en estado de ebriedad sin causar resultados lesivos como delito de peligro abstracto.*

Si un individuo que ha bebido varias copas de vino en una noche de juerga, toma su vehículo y empieza a conducir, comete de inmediato el delito contemplado en el citado artículo 196-E de la *Ley del tránsito*. Basta por lo tanto con ser sorprendido en lo que la ley supone como “estado de ebriedad” para dar por consumada la infracción, inclusive si conducía normalmente o a una velocidad adecuada e incluso si estuviese atento, a pesar de su estado, a las condiciones del tránsito. La ley supone en este caso que la conducta del individuo ha representado un peligro para la seguridad del tráfico rodado, sin necesidad de pruebas ulteriores y sin que la

⁵ El actual artículo 379 CP. señala: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

conducta del individuo al manejar represente circunstancia que considerar para la configuración del tipo.

Como hemos resaltado, la ley supone que la ingesta de alcohol, es decir, *presume* que estos estados comprometen seriamente la seguridad de quienes se incorporan al sistema del tránsito, de modo que, no puedan circular sin ver potencialmente afectadas su vida, su salud o su propiedad. Es más, el compromiso es tan serio que requiere de una sanción penal, es decir, requiere ser considerado delito, pues ningún otro medio extrajurídico o de alguna de las restantes ramas del Derecho es suficiente para resguardar adecuadamente este objeto de tutela.

La *Ley del tránsito*, además, hace aplicables para una infracción como la del ejemplo una presunción simplemente legal, respecto a cuando estaríamos en presencia del “estado de ebriedad” o “bajo la influencia del alcohol”, en el artículo 115-B: “*Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que hay desempeño en estado de ebriedad cuando el informe o prueba arroje una dosificación igual o superior a 1,0 gramos por mil de alcohol en la sangre o en el organismo. Se entenderá que hay desempeño bajo la influencia del alcohol cuando el informe o prueba arroje una dosificación superior a 0,5 e inferior a 1,0 gramos por mil de alcohol en la sangre*”⁶.

⁶ Hasta la emisión de la Ley N° 20.068, el examen de alcoholemia en la ley de alcoholes solo era útil para determinar el grado de impregnación de alcohol en la sangre (artículo 122 de la Ley N° 17.105, *sobre alcoholes y vinagres*) y no para determinar el estado de ebriedad o la influencia del alcohol, en su caso, respondiendo a criterios más conectados con los conocimientos científicos que aseguran que esta prueba no puede, *per se* transformarse en aquella que decida sobre la condición de intemperancia del sujeto, toda vez que se trata de una sola variable. Así, lo había también confirmado una copiosa jurisprudencia. Véanse, sobre el particular: la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 mayo de 1980 en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1980), II, 2ª parte, sec. 4ª, pp. 151-155; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo III, segunda parte, sección IV, 1981, pp. 267 a 271; la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de septiembre de 1992, revocada en conocimiento de recurso de queja por la sentencia de la Corte Suprema de 6 de julio de 1993 (“*que a mayor abundamiento, de acuerdo a lo informado reiteradamente por el Instituto Médico Legal una persona se encuentra bajo la influencia del alcohol cuando la cifra de alcoholemia oscila entre 0,50 y 99 gramos por mil de alcohol en la sangre, de manera que arrojando la alcoholemia practicada al inculcado de autos [...] puede concluirse que él se desempeñaba en estado de ebriedad en la conducción de un vehículo motorizado*”) en *Gaceta Jurídica*, 57 (julio de 1993), pp. 114 a 119; la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 21 de junio de 1993, en *Gaceta Jurídica*, 156, (junio de 1993), pp. 98-101; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 1991, en *Fallos del Mes*, 394, (septiembre de 1991), pp. 454-456; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de diciembre de 1989, en

Esta opinión ha sido, como ya hemos apuntado, la mayoritaria en doctrina y jurisprudencia.

Ahora bien, en las anteriores afirmaciones existen graves problemas, que intentaremos detallar como sigue:

i) La ley, como sucede con los delitos de peligro abstracto, parece suponer que ciertas circunstancias determinan sin más la existencia de un peligro, aun cuando pudiese demostrarse que el bien afectado no sufrió riesgo alguno, incluso desde una perspectiva *ex ante*.

ii) La ley entiende que la única forma de proteger el bien jurídico seguridad del tráfico es a través de la incriminación de conductas, aun cuando éstas pudiesen no haber puesto en peligro efectivo, real, el bien jurídico, pues sólo con una tasa inferior a las ya señaladas procede una sanción administrativa.

iii) La ley señala una presunción simplemente legal, pero presunción al fin y al cabo, para determinar la ebriedad o la influencia del alcohol, sin reconocer que la afectación que esta droga produce no puede determinarse en abstracto, pues dependerá de las características personales del sujeto el saber si el alcohol ha producido efectos en la psiquis suficientes para considerar la conducta como “peligrosa”.

iv) La ley se vale de un delito de peligro abstracto, cuando en verdad debiese hacerlo de uno de peligro concreto, toda vez que, frente al bien jurídico tal y como lo hemos definido, no se protege la “sensación” de seguridad, sino este estado o propiedad objetivamente. Por lo tanto, lo que debiese castigarse es la conducta cuando ésta ha comprometido efectivamente la conducción, siendo insuficiente el mero estado de ebriedad para dar por consumado el delito, requisito que, desde la tradicional interpretación que se ha realizado de los delitos de peligro abstracto, no se exige.

Dadas estas conclusiones, fuerza es exponer, al menos brevemente, el concepto de delito de peligro abstracto como categoría integrante de los delitos de peligro en general, y su caracterización, para luego pasar a nuestra postura personal sobre estos ilícitos.

Fallos del Mes, 376. Más recientemente, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 junio de 2006, en *Jurisprudencia Electrónica PuntoLex*; sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de mayo de 2006, en *Jurisprudencia Electrónica PuntoLex*; sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de enero de 2007, en *Jurisprudencia Electrónica PuntoLex*; Afortunadamente esta posición ha sido sostenida, al menos por las Cortes de Apelaciones, luego de que la norma introdujera una suerte de presunción simplemente legal, primero en el artículo 115-A incisos 2º y siguientes y luego en el artículo 115-B de la ley.

2. *Los delitos de peligro abstracto en la doctrina: características, justificación, crítica y alternativas de interpretación.*

a) *Noción.* Se atribuye a Binding la actual concepción de los delitos de peligro⁷ fundada en su teoría de las normas. Esta concepción, mayoritariamente aceptada, distingue dos clases de delito de peligro: concreto y abstracto. El primero sería aquel en el cual el tipo exige la real puesta en peligro del bien jurídico tutelado⁸. El segundo, en cambio, sería aquel en que la ocurrencia del peligro no es exigido como elemento del tipo⁹. Hasta aquí, relativamente, llega el acuerdo doctrinal.

Antes de empezar, es preciso hacer algunas observaciones preliminares. Esta categoría ha subsistido tranquilamente en las leyes y códigos penales, asociada principalmente a bienes jurídicos de menor valoración o cuyos ataques no fuesen particularmente graves, en comparación con los habituales delitos de lesión. También es posible asociarlos mayoritariamente a delitos en la frontera con las infracciones administrativas. Así, por ejemplo, no ha generado mayores sobresaltos su inclusión como categoría necesaria para la protección de la seguridad del tráfico¹⁰, “donde se parte de la presunción de su alto grado de peligrosidad general”¹¹.

Sin embargo es sólo con el cambio de paradigma acerca de los fines y funciones del Derecho penal desde la década del setenta en adelante, que

⁷ Véase: TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Los delitos de peligro hipotético*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34 (1981), pp. 825-847 (p. 828).

⁸ Sin pretensiones de exhaustividad, véanse: GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV, p. 253; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 210; SILVA SILVA, cit. (n. 1), p. 41; ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general*, (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2007), I, p. 336; BARBERO SANTOS, Marino, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 26 (1973) 3, pp. 487-498 (p. 48); MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro* (Granada, Comares, 1997), p. 52; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Madrid, 1993), p. 213; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* (6ª edición, Barcelona, Reppertor, 2002) p. 50.

⁹ Por todos: GARRIDO MONTT, cit. (n. 8), p. 253.

¹⁰ Véanse: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 129; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalización en el ámbito previo*, en *Derecho Penal Contemporáneo*, 20 (2007), pp. 5-60, p. 20; ROXIN, cit. (n. 8), p. 336 (estos dos últimos autores destacan que entre estos delitos siempre se han considerado los delitos contra la seguridad del tráfico); TORÍO LÓPEZ, cit. (n. 7), p. 828.

¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto* (Granada, Comares, 2000), p. 223.

estos delitos comienzan a extenderse progresivamente hacia otras parcelas del ordenamiento punitivo, multiplicándose su inclusión en códigos penales y leyes de variada índole. Una de las áreas afectadas por esta “invasión” la constituye, sin duda, el llamado “Derecho penal económico”, creación propia de los totalitarismos de mediados de la pasada centuria, pero también lo es en la actualidad el denominado “Derecho penal del medio ambiente”. En estos casos ya no podemos hacer la antigua aseveración relativa a que se trataba de una categoría orientada casi exclusivamente a infracciones de menor entidad, pues ambos bienes jurídicos constituyen preocupaciones sociales contingentes y objetivos prioritarios de regulación por parte del legislador, el cual puede sentirse tentado a recurrir al recurso penal en forma indiscriminada, como de hecho parece haber ocurrido.

b) Características principales. Como ya hemos apuntado, los delitos de peligro abstracto constituyen una categoría que, al menos en apariencia, se basa en una presunción *iuris et de iure* pues *se presume* que la conducta tipificada siempre constituye un peligro, aun cuando éste no se verifique materialmente, verificación que sí se exige en los de peligro concreto¹².

A su vez, una parte importante de los autores considera que en estos delitos el peligro es sólo el motivo del legislador para incriminar la conducta, no siendo parte integrante del tipo¹³.

¹² Acerca de esta presunción, aceptan que es característica de estos delitos: CURY URZÚA, cit. (n. 1), p. 292 (aunque con reservas, como veremos luego); ETCHEBERRY, cit. (n. 1), I, p. 185; MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), pp. 53 y 133-134; MALDONADO F., Francisco, *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho penal* en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006), pp. 23-63, p. 30; POLITOFF, MATUS - RAMÍREZ, cit. (n. 8), p. 211; ZAFFARONI, Eugenio Raúl - SLOKAR, Alejandro - ALIAGA, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires, Ediar, 2006), p. 375 (aunque críticamente); HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49 (1996) 2, pp. 509-529 (p. 523, refiriéndose a los que él llama “delitos de peligrosidad”); MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Editorial BdeF, 2007), p. 163; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale* (4ª edición, Bologna, Zanichelli, 2001), p. 180; ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la Seguridad en el trabajo* (Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981), p. 251; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 133; MIR PUIG, cit. (n. 8) p. 379; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, Cívitas, 1978), p. 280. Parece ser la posición mayoritaria en España e Italia, cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Madrid, Universidad Complutense, 1994), p. 287; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons, 1999), p. 54.

¹³ En este sentido: MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*

Respecto al criterio para determinar dicha presunción se suele acudir a los de probabilidad o posibilidad, en todo caso, estadística¹⁴ acerca de que ciertos actos, de acuerdo a la observación persistente de sus resultados, permiten concluir que éstos, considerados en abstracto, tienden a producir resultados lesivos que el ordenamiento jurídico quiere proteger antes de su destrucción o menoscabo.

Se afirma que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado¹⁵, mientras que los de peligro abstracto serían de mera actividad, satisfaciéndose por la mera realización de la conducta, sin importar si ésta ha causado un resultado o no.

Un sector aun minoritario de la doctrina agrega que el motivo de la punición de estas conductas en que el peligro no es exigido, se debe a que, de no punirse, aumentarían en forma desmedida, afectando en forma grave e irreparable el bien jurídico que se pretende proteger. Es decir, sólo el conjunto de las conductas punibles podrían poner “en peligro concreto” el bien tutelado lo que no se logra con una única acción¹⁶.

(7ª edición alemana, traducida por Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994), p. 283; ROXIN, cit. (n. 8), pp. 336 y 407; BARBERO SANTOS, cit. (n. 8) p. 489; MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 70; RODRÍGUEZ DEvesa, José María, *Derecho penal español. Parte general* (14ª edición, Madrid, Dykinson, 1991), p. 428; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, cit. (n. 10) p. 17; TORÍO LÓPEZ (refiriéndose a la teoría convencional), cit. (n. 7) p. 827 y 841.

¹⁴ Véanse: CURY, cit. (n. 1) p. 293; MALDONADO, cit. (n. 12), p. 31; VARGAS PINTO, aunque con un contenido más preciso, cit. (n. 3), p. 223; MAURACH - ZIPF, cit. (n. 13), p. 283; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Delitos de peligro con verificación de resultado. ¿Concurso de leyes?* en *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47 (1994) 1, pp. 111-140, p. 121; MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8) p. 53; RODRÍGUEZ DEvesa, cit. (n. 13) p. 428; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, cit. (n. 10), p. 17; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, cit. (n. 12), p. 54.

¹⁵ ROXIN, cit. (n. 8), p. 404; MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 53; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 227; MIR PUIG, cit. (n. 8), p. 228.

¹⁶ Es decir, estructuras típicas por acumulación. Véanse: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, en *InDret*, 2 (2009), disponible en http://www.indret.com/pdf/627_es.pdf [visitado el 12 de octubre de 2009], p. 7; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, cit. (n. 14), p. 56. Especialmente utilizados en el Derecho penal del medio ambiente. Cfr. VAELO ESQUERDO, Esperanza, *Los delitos contra el medio ambiente*, en *Revista Aranzadi de Derecho Penal*, 7 (2005), p. 15-42 (p. 17). Si bien es cierto que compartimos el criterio que se trata en verdad de decisiones de política criminal, no puede soslayarse que el autor debe representarse en sede de dolo todo lo que implica la antijuridicidad en sentido objetivo, es decir, el conocimiento de los hechos y de su significado. Si una conducta se pune por acumulación, es decir, porque su reiteración puede elevar de modo intolerable las conductas lesivas del bien jurídico, el autor debe representarse esto, lo que aparece por lógica, imposible.

Finalmente, si bien no puede afirmarse en todos los casos, se entiende que estos delitos protegen preferentemente bienes jurídicos colectivos y que los delitos de peligro concreto protegen preferentemente bienes jurídicos individuales¹⁷.

El panorama que nos presentan estos ilícitos es de suyo complejo. Dadas las características antes enunciadas, es indudable que la categoría de “peligro abstracto” embiste directamente con principios cardinales del Derecho penal¹⁸, como los de *ultima ratio*, ofensividad, incluso de culpabilidad. La polémica, de todos modos, no es nueva y puede remontarse incluso hasta Binding; pero su creciente uso en las últimas décadas ha puesto la discusión nuevamente en boga, tanto en aquellos que critican la categoría, como en aquellos que la defienden, pasando por los autores que buscan una interpretación que permita su subsistencia sin dar en la cara con los principios de esta disciplina.

No nos parece posible soslayar estas críticas. En efecto, los delitos de peligro abstracto adelantan las barreras de punición¹⁹ a diferencia de lo que sucede en el llamado “núcleo clásico” del Derecho penal, lo que supone que esta rama del ordenamiento posee atributos suficientes como para “educar”, o “concienciar” a los sujetos acerca de los bienes jurídicos²⁰ y,

¹⁷ ETCHEBERRY, cit. (n. 1), I, p. 185; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002), pp. 1-30, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf [visitado el 7 de diciembre de 2009], p. 6: “las diferencias entre peligro y lesión se diluyen, por cuanto el carácter supraindividual del bien jurídico dificultará en gran medida concretar un substrato empírico susceptible de afectación causal”; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 157 y 160, en sentido crítico; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, cit. (n. 10), p. 18;

¹⁸ No debemos olvidar que estos principios cardinales, según RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal*, en *Direito e Cidadania*, N° 6 (1999), pp. 57-72, p. 61, “son independientes de y previos a cualquier experiencia jurídica, y que proporcionan sustento lógico suficiente para la entidad y la comprensión de lo penal”. Respecto a sus funciones –el condicionamiento de la interpretación de los ordenamientos existentes y la labor crítica respecto éstos–: *Ibíd.*, p. 63.

¹⁹ Cfr. BARBERO SANTOS, cit. (n. 8), p. 428; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. xviii; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit. (n. 12), p. 24.

²⁰ “En general hay que prevenir la asunción de funciones promocionales. Es decir, emplear el Derecho penal para favorecer aquellos intereses, que más que conformar bienes jurídicos propiamente tales, representan la consecución de ciertos objetivos de organización social”. CARNEVALI, cit. (n. 4), p. 146; Acerca de la función simbólica, se pronuncian negativamente Díez RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005) 1, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, p. 01:03 [visitado el 10 de noviembre de 2008]. En similar sentido: HERNÁNDEZ PLASENCIA,

a la par, que la protección exclusiva de bienes jurídicos cede terreno ante esta función, no siendo necesario entonces la verificación, primero, de un verdadero bien jurídico y, segundo, una verdadera afectación de éstos, pues se caracterizan estos delitos como aquellos en que el peligro no es elemento del tipo, sino “motivo” del legislador²¹. Si sólo constituye el motivo de la incriminación, éste puede versar tanto de la tutela de bienes jurídicos como también del castigo de meras desobediencias, desconectadas de un interés concreto y real o sin la necesidad de hacer referencia a él. Con ello no se cumple la exigencia de que el Derecho penal constituya la última de las posibilidades de reacción frente a una conducta contraria a Derecho, posicionándose, a la inversa, como la primera²². De esta forma, al adelantarse las barreras de punición a estados o momentos muy anteriores a la lesión de bienes jurídicos, el Derecho penal estaría utilizándose en forma más bien simbólica.

También constituyen un potencial atentado al principio de culpabilidad²³. Dejando en claro que no se requiere de un dolo especial²⁴, distinto de las categorías de dolo ya estudiadas, el hecho que la conducta se incrimina no tanto por el acto individual, sino por el peligro ante su ocurrencia indiscriminada, haría requerir que el sujeto se represente dicha posibilidad que escapa por completo de su control, pues éste no puede hacerse cargo de lo que otros individuos harán o no harán²⁵. Es evidente aquí la utilización del sujeto como ejemplo frente a sus congéneres, recurso de dudosa constitucionalidad toda vez que el individuo no podría ser empleado para fines ajenos a su propia autorrealización. También “la imputación personal del hecho al autor se ve relajada o relativizada”²⁶.

c) Los delitos de peligro abstracto y el principio de ofensi-

cit. (n. 14), p. 111. También se niega esta función que le asigna, de paso, funciones que no le corresponden o que van más allá de lo propiamente jurídico. Cfr. MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 6;

²¹ “Desde esta perspectiva no cabe duda que la presunción de la afectación del bien jurídico que los delitos de peligro abstracto implican, es incompatible con el principio de bien jurídico” MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 153.

²² En similar sentido: MALDONADO, cit. (n. 12), p. 24.

²³ Cfr. ROXIN, cit. (n. 8), p. 407

²⁴ Por todos: BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo* (Buenos Aires, BdF, 2007), p. 26.

²⁵ Véanse: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 44. En este mismo sentido: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, en *Ius et Praxis*, 1 (2008), pp. 13 a 48, p. 35; VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 93.

²⁶ MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 6

vidad²⁷. El principio de ofensividad²⁸, derivado del fin de protección de bienes jurídicos incardinado en cada tipo penal, constituye un límite al *ius puniendi* Estatal, toda vez que exige la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico para la elaboración de un delito, dado que el Derecho penal no castiga meras desobediencias o pretende imponer una determinada visión del mundo y de los sujetos, es decir, no impone pautas morales²⁹. A esta función del bien jurídico, de corte garantista o político-criminal, se suma otra, la de constituirse en base para la interpretación de los tipos ya existentes, como ha reconocido la doctrina en general.

²⁷ Preferimos utilizar el término “ofensividad” para referirnos a este principio en lugar de otra voz con connotaciones similares y empleado profusamente por la doctrina: “lesividad”. Se trata en verdad de conceptos ligados en una relación género-especie. Mientras la ofensividad incluye tanto la idea de lesión (menoscabo o destrucción), como la puesta en peligro (riesgo) de un bien jurídico, la lesividad sólo hace referencia a la primera de éstas posibilidades.

²⁸ No nos resistimos a transcribir la definición, extensa, pero completísima elaborada por Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “El derecho penal, por regular el comportamiento exteriorizado e intersubjetivo de los hombres, tiene que ocuparse de los objetos en que se ocupa este comportamiento por el valor que poseen y el interés que representan para los hombres mismos y para la sociedad que los agrupa, de la que reciben y a la que prestan medios de realización recíproca y sólo en cuyo seno puede aseverarse, en una acepción que sea más que simplemente biológica, que viven; objetos pues que los hombres consideran importantes y aprecian o estiman, elevándolos con ello de meras cosas a verdaderos bienes e incardinándolos en sede de cultura. Los hay de tanta monta y excelencia y estimados hasta tal grado, que no basta para preservarlos una protección de hecho, sino que se los protege jurídicamente, prescribiendo y proscribiendo conductas al efecto, y algunos revisten una significación tan eminente y despiertan un interés tan alto, sea para la subsistencia y organización de la comunidad, o como medios y condiciones de vida y desarrollo de los individuos que la componen, que los atentados contra ellos ponen en movimiento la rama jurídica que expresa y concreta la desvaloración o reprobación más intensa de ciertas acciones u omisiones, sancionándolas con la mayor severidad. Por donde se ve que el Derecho penal, así como es respuesta a dichos ataques, no puede obrar, ni siquiera cabe imaginarlos sin que medie una significativa afectación de algún bien de esta índole, o sea, de un bien jurídico de notable entidad, se hace patente el principio de ofensividad”. RIVACOBÁ, cit. (n. 18), p. 67.

²⁹ En el mismo sentido NÁQUIRA R., Jaime - IZQUIERDO S., Cristóbal - VIAL R., Paula - VIDAL M., Víctor, *Principios y penas en el Derecho penal chileno*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10 (2008), <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>, [visitado el 10 de septiembre de 2009]. Resume muy bien el problema Vargas Pinto, al afirmar que “el núcleo del problema se puede resumir en el castigo de comportamientos que ni siquiera son peligrosos en concreto”. VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 326; ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALIAGA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002), p. 127.

Así las cosas, la categoría de delitos en comento se opone a este principio³⁰. Si los delitos de peligro abstracto no necesariamente tienen un bien jurídico detrás o no requieren una puesta en peligro, sino sólo una probabilidad o posibilidad que ocurriese –cerrando el problema a través de una presunción *iuris et de iure*– entonces es lícito pensar que pueden darse casos en que la ofensa no se presente, es decir, que la conducta no constituía un auténtico peligro para el bien jurídico, siendo quizás inocua, y deba sancionarse de todos modos³¹. Desde esta perspectiva, no faltan autores que ven en el castigo de estas conductas la sanción de meras desobediencias de índole administrativa, que por ello tienen mejor abrigo en esa rama del Derecho y no en el Derecho penal³².

Por otro lado, y siempre respecto de los conflictos que presenta con la antijuridicidad, los delitos de peligro abstracto eliminan la distinción entre tipicidad e injusto. Max Ernst Mayer ya lo había señalado a principios del siglo XX: “Debiera esperarse que entre las circunstancias que pertenecen al tipo legal sólo se hallen aquellas que manifiestan la antijuridicidad y ninguna que la constituya”³³, es decir, que la tipicidad es sólo *ratio cognoscendi* del injusto, o sea, un indicio; ello tiene que ver con el fundamento material de la antijuridicidad que se encuentra incardinado no en la pretensa voluntad omnipotente del legislador, sino en otro lugar, en la norma de cultura reconocida por éste, pero que, no por eso, deja de estar fuera de la ley. Es ahí donde el *ius puniendi* debe recurrir en busca de aquello que protegerá a través del ropaje de una norma penal, desechando entonces la idea que todo lo tipificado es antijurídico. Ello nos permite, entonces, rechazar la afirmación del carácter primario del Derecho penal, en el sentido de que éste crearía su propia antijuridicidad, lo que debe descartarse.

Los delitos de peligro abstracto funden ambos elementos, pues, al presumirse que las conductas o acciones descritas en él, por ese sólo hecho, ya son constitutivas de injusto, se adelanta un juicio que posee una riqueza mucho mayor y que obliga al Juez no sólo a ponderar la presencia o no de causas de justificación, sino que verificar, de un lado, la existencia de un bien jurídico realmente tutelado y, por otro, si el acto típico examinado reúne las características de gravedad y ofensividad contra ese interés. No

³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, cit. (n. 10), p. 19.

³¹ MALDONADO, cit. (n. 12), p. 31 [refiriéndose a los criterios de estadística o probabilidad]: “Se penalizaría entonces por ejecutar una conducta que *puede generar peligro* para el bien jurídico, o más precisamente, que *probablemente* lo genera y no una conducta que *pone en peligro* el bien jurídico”.

³² Con una conclusión similar: GARRIDO MONTT, cit. (n. 8), II, p. 254.

³³ MAYER, cit. (n. 12), p. 227; véase también: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (5ª edición, Buenos Aires, Losada, 1992), III, p. 756.

considerar esto³⁴, implicaría dar al legislador la característica de dueño absoluto y omnicomprendivo de toda la materia constitutiva de lo contrario a Derecho, algo que, por las razonables limitaciones de la imaginación humana, resulta imposible de exigir y defender³⁵. Así, entonces, tipifica aquello que, por lo general, es efectivamente antijurídico, pero no clausura lo injusto³⁶.

d) Criterios de interpretación. La historia de los delitos de peligro abstracto ha sido también la historia de los intentos por legitimarlos. Numerosas han sido las teorías que siguen tratando de compatibilizarlos con los principios que, como hemos visto, parecen contrariar. Ello es, por un lado, porque siempre han constituido parte del núcleo original del Derecho penal y, por otro, por su reciente utilización en el marco de la reforma penal contemporánea. A continuación pasaremos breve revista a los intentos más relevantes en este sentido.

³⁴ El más notable defensor de la tesis de que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad es Mezger: "Es punible sólo el que actúa típicamente. *Todo hecho punible* es, por consiguiente, un *injusto típico*. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista *ninguna causa de exclusión del injusto*". MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958), p. 139. Es curioso que haga esta afirmación y, poco antes, afirma en cambio, el carácter primario del injusto (ibíd., p. 132).

³⁵ "Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales". JIMÉNEZ DE ASÚA, cit. (n. 33), III, p. 759.

³⁶ Reconocemos que esta tesis no es, en absoluto, la dominante en la actualidad [por todos: CEREZO MIR, José *Obras completas. Derecho penal. Parte general* (Lima, Editorial Ara, 2006), I, p. 89]; pero sus razones siguen siendo de recibo, sobre todo si se toma en cuenta el principio de *ultima ratio*: si el Magisterio punitivo sólo debe obrar en aquellos casos en que las restantes ramas del ordenamiento jurídico han fracasado o se demuestran insuficientes para brindar protección a bienes de entidad superlativa, eso quiere decir que la materia de lo prohibido no es creación exclusiva del Derecho penal, sino que es una elaboración que lo supera y trasciende; no me parecen correctas las razones esgrimidas para defender una naturaleza primaria relativas a la existencia de ciertos delitos que sólo son prohibidos en el Derecho penal, tales como aquellos que vulneran la moral sexual, pues, respecto de ellos, puede afirmarse dos cosas: primero, que, a la luz de la teoría del bien jurídico, es muy dudoso que merezcan su consagración como delitos; y, en segundo lugar, si fuese así, sería una cuestión excepcional y discutible. Muñoz Conde ha logrado, a nuestro juicio, una excelente síntesis de la idea de subsidiariedad del Derecho penal: "Existe, pues, una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuridicidad válido para todas ellas, lo único que varían son los efectos que se prevén en una o en otra y que cada una configura de acuerdo a sus necesidades autónomamente". MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal* (2^a edición, Buenos Aires, BdF, 2007), p. 121.

Habría que partir con Binding, el cual parece ser el responsable de la diferenciación originaria. Para Binding los auténticos delitos de peligro serían sólo los de peligro concreto, los de peligro abstracto serían puros delitos de policía, pues en ellos el legislador presume el riesgo, aun cuando en el caso concreto se demuestre que no concurrió³⁷. En todo caso, su concepto de peligro es más amplio que el que se tiene en la actualidad, identificando en este también la acción que, según un juicio de probabilidad, es idónea para producir la lesión del bien protegido³⁸.

Cramer señala que no hay delito cuando, pese a la coincidencia formal con la figura de delito, la conducta no puede conducir, de acuerdo con la experiencia humana, a la producción del resultado que el legislador pretende neutralizar o cuya evitación constituye la *ratio legis* del tipo³⁹. “En estos generales delitos de peligro abstracto no influye en la responsabilidad el dato de que la acción carezca de peligrosidad. Pero esto no sucede, por el contrario, si se consigue acreditar mediante interpretación que el sentido del tipo es neutralizar acciones peligrosas, es decir, acciones adecuadas para la producción de un menoscabo en el bien jurídico que venga en consideración”⁴⁰.

Gallas señala que los delitos de peligro abstracto son delitos de peligro posible, debiéndose determinarse *ex ante* si la acción es en las singulares circunstancias en que se realiza, peligrosa para el objeto de protección, transformándose la peligrosidad del comportamiento en condición necesaria y suficiente para dicho objeto. Existiría así un contacto entre peligro abstracto y concreto.

Jescheck considera que, en los supuestos en que la posibilidad de producción de un peligro para el objeto de protección está absolutamente excluida, la conducta sigue siendo ilícita, pero la ilicitud descende por debajo de lo injusto punible, aunque excluye de esta conclusión aquellas normas que desempeñan una función de organización, como las de seguridad en el tráfico⁴¹.

Otra técnica de limitación de los delitos de peligro es aquella defendida

³⁷ DÍAZ PALOS, Fernando, voz: *Delitos relativos al uso y circulación de vehículos a motor*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (dirigida por Carlos E. Mascareñas, preparado por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Seix, 1985), VI, p. 730.

³⁸ TORÍO LÓPEZ, cit. (n. 7), p. 830.

³⁹ *Ibíd.*, p. 833. En todo caso TORÍO, *ibíd.*, p. 834, señala que la conclusión a la que llega Cramer debe ser diversa en los casos en que el delito va dirigido hacia bienes suprapersonales, entre los que se contarían las infracciones a la seguridad del tráfico.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 834

⁴¹ CEREZO MIR, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*, cit. (n. 36), II, pp. 469-492, p. 487.

en Alemania por Horn y Brehm, que propugna la exclusión del tipo de los delitos de peligro abstracto de las acciones que respondan al cuidado objetivamente debido. Los delitos de peligro abstracto serían entonces, conductas imprudentes sin resultado, tentativas imprudentes⁴². En una línea similar a la anterior, Roxin, siguiendo a Schünemann, excluye la punibilidad en estos delitos si el autor observa las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva⁴³, aunque excluye de este grupo las llamadas “acciones masivas” en razón de fundamentos preventivos generales, didácticos de la prohibición⁴⁴, como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Uno de los intentos más conocidos por dar mayor legitimidad a estos delitos es el que emprendió Torío López con los llamados “delitos de peligro hipotético”, los cuáles serían una especie de peligro abstracto. “En ellos es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador”⁴⁵. Se trataría así de delitos de peligro posible en los cuáles el tipo exige una acción idónea para asignar un peligro para el bien jurídico, pero no establecen cuándo una acción posee el grado de peligrosidad precisa para ser sometida al Derecho penal⁴⁶. Así, se requiere de acciones que por sus propiedades materiales sean susceptibles de ser consideradas por un juicio de pronóstico como peligrosas para el bien jurídico y además que exista un contacto posible entre el acto y el bien jurídico, en el sentido que en la situación concreta hubiera podido producirse un peligro efectivo para el bien jurídico⁴⁷⁴⁸.

También en España, Barbero Santos, quien no tiene una postura tan contestataria respecto de los delitos de peligro abstracto, ha trazado una distinción entre delitos de peligro abstracto *de mera actividad y de resultado*. Los primeros pueden consumarse por el simple movimiento corporal del agente, pudiendo subclasificarse entre aquellos en que ese simple movimiento corporal constituye un peligro o menoscabo y en aquellos en que

⁴² *Ibíd.*, p. 489.

⁴³ Cfr. ROXIN, cit. (n. 8), p. 408

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 410.

⁴⁵ TORÍO LÓPEZ, cit. (n. 7), p. 838

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 843

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 846

⁴⁸ Nos parece que si bien se trata de una teoría acertada, su denominación no nos convence. Hablar de peligro “hipotético” es hablar de la nada; lo hipotético es menos –mucho menos– que lo posible y los cursos causales son o no son, al menos desde un punto normativo.

un elemento subjetivo del injusto les confiere ese carácter. Los segundos son aquellos que exigen la producción de un resultado externo, pudiendo subclasificarse en aquellos en que el resultado constituye en sí mismo un peligro de lesión para el bien jurídico y en aquellos que un elemento subjetivo del injusto le confiere el carácter de delito de peligro abstracto. La conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol sería un ejemplo de delito de peligro abstracto *de mera actividad* en que el simple movimiento corporal constituye un peligro de destrucción o menoscabo⁴⁹.

Rodríguez Mourullo prefiere hablar de delitos de peligro presunto, en los cuales la ley “presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones entraña la creación de un peligro, y no permite la prueba de que en ese caso concreto no se produjo tal riesgo”⁵⁰.

En Argentina, David Baigún parte de la base de la distinción entre probabilidad y posibilidad. La probabilidad “es la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento cualquiera”⁵¹, rechazando la opción de que posibilidades meramente formales, es decir, aquellas que “carecen de condiciones necesarias para realizarse en el tiempo”⁵² sean materia de regulación penal. Los delitos de peligro abstracto serían tipificaciones de situaciones que poseen una mera “posibilidad formal” de generar un riesgo, según el encuadre tradicional de estas figuras, el cual considera erróneo⁵³. Luego, entiende que sólo existe el peligro concreto, o al menos, es el único que interesa al Derecho penal. Entiende por “concreto” como “la unidad de lo diverso y comprende inexorablemente las relaciones entre los fenómenos. No se concibe el daño potencial sin la situación de riesgo anterior; y por eso, lo concreto como unidad abarca el conjunto y no el fenómeno aislado, el sistema y no cada uno de sus componentes”⁵⁴. La abstracción en cambio implicaría el aislamiento de una parte de esa integridad, procedimiento de simplificación no aceptable por el Derecho penal. Por ello, en verdad, no existen peligros abstractos; en todos los casos en que se nos presente esta situación, debe realizarse un proceso cognoscitivo que lleve finalmente de la abstracción a la concretización, eliminando por tanto la idea de que en estos el peligro se presume⁵⁵.

Hirsch ha postulado una de las teorías más seductoras sobre estos delitos, siempre en el camino de una reinterpretación más respetuosa de los

⁴⁹ BARBERO SANTOS, cit. (n. 8), p. 490.

⁵⁰ Cit. (n. 12), p. 280.

⁵¹ BAIGÚN, cit. (n. 24), p. 10

⁵² *Ibíd.*, p. 9.

⁵³ *Ibíd.*, p. 13.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 19

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 23

principios que ya enunciamos. Parte por destacar que existe actualmente poco interés respecto de estos delitos⁵⁶ y hace alusión a que la denominación tradicional de peligro concreto y abstracto es imprecisa y dificulta la solución de las problemáticas existentes⁵⁷. En primer lugar, los denominados “delitos de puesta en peligro concreto” son delitos de resultado, en que un mero actuar riesgoso no sería suficiente⁵⁸. Las puestas en peligro serían siempre concretas. “Una situación de peligro abstracto, y con ello una puesta en peligro abstracto, tiene tan poca importancia como una lesión abstracta, como por ejemplo un homicidio abstracto”⁵⁹. Los denominados delitos de peligro abstracto serían delitos de peligrosidad, siendo delitos de acción⁶⁰. Estos pueden ser a la vez delitos de peligrosidad concreta o abstracta⁶¹. Para Hirsch, en la mayoría de los casos estaremos en presencia de delitos de peligrosidad concreta, mientras que la minoría lo constituyen los de peligrosidad abstracta, siendo infracciones de la orden de la norma. La diferencia sería real pues respecto de los primeros “[se basan] en la circunstancia de que en dichos casos frecuentemente existe la posibilidad real de un riesgo, pero a raíz de la rigidez de cada tipificación abstracta de acciones no significa que siempre exista una peligrosidad concreta”⁶².

Las conclusiones de Hirsch nos parecen una suerte de punto de confluencia de las teorías anteriormente tratadas. En el fondo, hace ver la diferencia entre peligro y peligrosidad, siendo esta última un atributo que perfectamente puede ser imputado a una conducta. Así, los delitos de peligro serían aquellos en que el bien jurídico tutelado en cada caso en particular ha corrido un auténtico peligro, incluso desde una perspectiva *ex ante*, pues la acción ha tendido a penetrar en el arco de las circunstancias que podrían ocasionar una lesión al objeto tutelado. Por ejemplo –y sería

⁵⁶ HIRSCH, Hans Joachim, *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9-10 (2008), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>, [visitado el 9 de diciembre de 2009], pp. 157-181 (p. 158).

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 159.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 160.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 160.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 161.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 162.

⁶² *Ibíd.*, p. 162. La diferencia radicaría además en que en los delitos de peligrosidad concreta existiría una antijuridicidad material a raíz del riesgo concreto para bienes jurídicos de otros, mientras que en el segundo caso existe solamente una desobediencia formal a la norma. *Ibíd.*, p. 163.

válido a mi juicio⁶³ también para la tentativa ⁶⁴— un peligro concreto para la vida puede significar el abandono de un niño de pocos años en un lugar solitario; mas debe haber corrido efectivamente el peligro, tal y como lo exige el *Código*, pues la conducta penetra en el arco de situaciones que potencialmente ha podido ocasionar la lesión del bien individual que se pretende proteger. El niño de tres años abandonado en mitad del desierto de Atacama —para colocar un ejemplo lo suficientemente gráfico— aun si es rescatado posteriormente sin magulladuras o problemas físicos de otra índole⁶⁵ ha estado en una situación peligrosa para su vida o integridad física. El tipo en este caso exige el peligro concreto y así se excluiría la conducta de aquel que, si bien le abandona en un lugar solitario, se queda a distancia prudente para saber que no corre riesgo y espera hasta que alguien lo encuentre. El bien jurídico en ese caso —si bien la conducta ha penetrado en el arco de las situaciones que potencialmente pueden lesionar el bien jurídico— no ha corrido peligro alguno.

Los delitos de peligrosidad, en cambio —al menos aquellos de peligrosidad concreta—, se satisfacen con una conducta que, por regla general, tiende a producir resultados lesivos para el bien jurídico cuyo tipo no puede abarcar todos los casos concretos. Así, se impone al Juez la tarea de verificar que la conducta ha sido peligrosa en las concretas circunstancias en que obró el agente —también desde una perspectiva *ex ante*—, concretando la

⁶³ Aunque, ciertamente, esto dependerá de la posición dogmática que se adopte respecto de la tentativa y su naturaleza. Por cierto que una postura más cercana al finalismo tanto ortodoxo como el de la teoría de la impresión, la puesta en peligro del bien tutelado no será suficiente — en ocasiones no será necesaria— frente al desvalor de acción.

⁶⁴ Acoge también esta idea: FUENTES OSORIO, Juan L., *Formas de anticipación de la tutela penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 (2006) 8 [<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>, visitado el 8 de diciembre de 2009], p. 08:30, al decir que “quiero insistir en la necesaria conexión entre los dos criterios de ordenación de las formas de anticipación de la tutela penal. Las fases del *iter criminis* se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera penalmente relevante. A su vez los delitos de peligro representan la punición de conductas que son fases del proceso que conduce a la lesión consumada del bien jurídico de referencia. De este modo, en el primer grupo su denominación hace hincapié en la fase del *iter criminis* castigada, en el segundo, en el peligro del comportamiento, pero ambos no son sino perspectivas complementarias (inseparables) de análisis de un comportamiento”..

⁶⁵ No nos parece correcta la opinión que aquel que no ha sufrido lesiones ante una conducta potencialmente peligrosa significa que *no ha corrido peligro*. Si bien es cierto que el peligro supone que la lesión no se ha consumado, sería abstruso decir que por el hecho de haber caído de un séptimo piso y haber aterrizado en una malla de seguridad colocada por bomberos no he corrido peligro alguno.

explicable abstracción del legislador al tipificar la conducta. Así, no bastaría la mera coincidencia formal entre la conducta y la descripción típica, sino que se requiere una conducta que se adapte a lo que el legislador considera como peligrosa, aun cuando no haya puesto en peligro concreto bien jurídico alguno. Es decir, debe verificar si la conducta del agente hubiese podido poner en peligro el bien tutelado, sin requerir de una penetración en el arco de las situaciones que tienden a colocar el bien en peligro.

Esto no implica transformar a los delitos de peligro abstracto en concreto. Como sabemos, en estos últimos es requisito exigido por el tipo la causación de un peligro concreto, real (“peligro corrido”). Entendemos que esta interpretación no pretende exigir lo mismo, en el sentido de que el tipo no requiere que el bien jurídico haya sido puesto en peligro “concreto”, sino que la conducta haya sido apta para producir un peligro.

Esta postura, además, parece ser la posición de la doctrina nacional, al menos de una parte de ella. Así, según Carnevali y Fuentes⁶⁶, a propósito del delito de asociación ilícita –delito de peligro abstracto– se pronuncian por “la exigencia de la peligrosidad de la conducta, salvo que se pruebe que aquella quedó apartada de antemano en el caso concreto”⁶⁷.

⁶⁶ CARNEVALI, Raúl - FUENTES, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la ley N° 20.000*, en *Política Criminal*, 6 (2008), D1, pp. 1-10 [http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf], visitado el 9 de diciembre de 2009], p. 5.

⁶⁷ Pero no la jurisprudencia. Una elevada cantidad de fallos, muchos de ellos recientes, reconocen que el delito de manejar en estado de ebriedad se satisface con la mera realización de la conducta típica. (Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 46, 25 de febrero de 2005). La sentencia es particularmente lamentable por dos razones: porque, por una parte, sostiene que el delito de la Ley N° 18.290 es de peligro abstracto según la tradicional interpretación de estos ilícitos; luego, porque mezcla delitos de peligro abstracto con delitos calificados por el resultado. En este sentido es muy ilustrativa para hacerse una idea de lo que los tribunales superiores entienden por este delito, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2083 de 5 de octubre de 2005, la cual considera que el mero hecho de sentarse en estado de intemperancia al volante de un vehículo, constituye delito de manejo en estado de ebriedad. Si bien este fallo no hace referencia expresa a que se trata de un delito de peligro abstracto, todos los elementos se hayan ahí: la ley ha dicho, desempeñarse, sentarse ante el volante es desempeñarse, pues entonces, existe responsabilidad penal, sin tomar para nada en consideración el bien jurídico ofendido por el delito. Sobre el particular no debe olvidarse que el verbo desempeñarse (utilizado por el tipo del artículo 196-E junto con conducir u operar) implica una función, no la mera realización de un movimiento corporal. Se trata de la realización de conductas destinadas a poner en marcha un vehículo y hacerlo avanzar, según las reglas técnicas de la conducción. El mero hecho de ser sorprendido ante el volante no es más que la sospecha de una futura conducción, de la cual los funcionarios policiales no podían asegurar.

3. *Enjuiciamiento crítico de las posturas planteadas*

Buena parte de las razones que han movido a la ciencia penal a la elaboración de teorías como las expuestas en el apartado anterior, se deben a la insuficiente labor realizada acerca de una categoría que, inclusive, no presenta interés sólo para el magisterio punitivo, sino también para las restantes ramas del Derecho. Así, mientras la doctrina no elabore un concepto lo suficientemente omnicomprendivo del peligro⁶⁸, válido tanto para los delitos de peligro como respecto de la tentativa o el estado de necesidad, se continuarán aceptando fundamentaciones en el límite del respeto a los principios antes enumerados y flagrantemente violados por la categoría de los delitos de peligro abstracto⁶⁹. Dado que este problema merece un estudio de largo aliento, en este trabajo sólo daremos algunas referencias iniciales acerca de cuáles son los riesgos que el Derecho penal considera necesario neutralizar, antes de que se conviertan en lesivos. Esta aproximación es necesaria por la simple comprobación que esta rama del Derecho no castiga, como regla general, peligros a intereses o bienes, sino que, mayoritariamente, sancione situaciones que han alcanzado el grado de consumadas, vale decir, que ya han menoscabado o destruido un bien jurídico y sólo de manera excepcional interviene en casos en que esa lesión o menoscabo aun no se produce. La explicación a esta fácil comprobación radica en que si su objetivo fuesen actos que no revistiesen estas características, la vida en comunidad sería imposible: el control que los seres humanos poseen de su entorno es muy limitado, por lo que los riesgos son parte de la vida cotidiana, más aún en sociedades altamente tecnificadas y rodeadas de potenciales focos de peligro, que son el sello de las civilizaciones del

⁶⁸ El concepto de peligro puede, a nuestro juicio, recibir un tratamiento similar al que Henkel dio a propósito de la exigibilidad en el marco de la teoría de la culpabilidad, es decir, un principio jurídico regulativo, ya que ambos participan de notas similares: ambos son juicios normativos que dependen, en mayor o menor medida, de circunstancias objetivas (sin duda que el principio de exigibilidad depende menos de las circunstancias objetivas que han rodeado el hecho que en el caso del peligro). “El concepto de exigibilidad sirve, pues, como indicación de que el juez podría hacer aquello que al legislador resulta imposible, esto es, trazar por sí mismo los límites –que no se pueden determinar de un modo general– para el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias particulares y fundándose en las concepciones jurídicas y representaciones de valor que quepa reconocer como dominantes”. HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (Traducción y notas del alemán por José Luis Guzmán Dálbora, Buenos Aires, Editorial BdF, 2008), p. 64.

⁶⁹ Un estudio acerca de lo que se ha entendido por peligro en la doctrina: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit. (n. 12), pp. 39-45; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), pp. 51 a 117. VARGAS PINTO, cit. (n. 3), pp. 209 ss.

siglo XXI. Sin embargo, el Derecho penal no puede pasar por alto que la protección de bienes jurídicos no puede ceñirse, exclusivamente, a casos en que éstos ya han experimentado su destrucción, sino que debe, además, extender su coraza protectora en casos especiales y punir, por excepción, situaciones en que el bien jurídico no ha sido eliminado, pero sí ha estado *ad portas* de serlo. Las excepciones más relevantes a esa regla general la constituyen la tentativa y los delitos de peligro.

a) Perspectivas de enjuiciamiento del peligro. Acerca del peligro, es necesario detenernos en las llamadas perspectivas de su enjuiciamiento, pues ellas habrán de determinarnos si la acción emprendida por el sujeto era o no peligrosa efectivamente. En primer término podemos constatar que existe una verdadera pléyade de denominaciones acerca de éstas, siendo los términos más utilizados los de perspectiva o juicio *ex ante* y perspectiva o juicio *ex post*. Sin embargo, sobre el contenido de cada una parece, más bien, reinar un clima de confusión o, al menos, de deficiente conceptualización que conlleva altos grados de incertidumbre acerca de aquello en que consisten efectivamente⁷⁰. Esta confusión parte de una aseveración que se hace respecto a la tentativa y que pudiese tener valor para los delitos de peligro: que *ex post* toda tentativa es inidónea, pues, ya sabemos que el resultado no se produjo y sabemos que no podría haberse producido. Esta aseveración, que está presente en Cerezo Mir⁷¹ y Mir Puig⁷², parece un verdadero descrédito echado sobre la perspectiva *ex post*, dada su nula utilidad: al fin y al cabo, nos está contestando algo que ya sabemos: que la acción emprendida por el sujeto, malamente podría haber llegado a la consumación.

Otro elemento de juicio a considerar es que, tradicionalmente, se considera que los delitos de peligro concreto son aquellos que “requieren una *efectiva* sensibilización del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar)”⁷³. Es decir, se trata de una

⁷⁰ Respecto de esta confusión conceptual, véase: ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa*, cit. (n. 11), p. 171.

⁷¹ CEREZO MIR, *Derecho penal*, cit. (n. 36), p. 1064. A la misma conclusión llega, en Chile, MALDONADO, cit. (n. 12), p. 32, nota 33.

⁷² MIR PUIG, Santiago, *La tentativa inidónea en el nuevo Código penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3-06 (2006) [http://criminnet.ugr.es/re-cpc/recpc_03-06.html, visitado el 9 de diciembre de 2009], p. 4.

⁷³ POLITOFF, MATUS - RAMÍREZ, cit. (n. 8), p. 210; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 102. En contra, considera que se requiere, basado en Mir Puig, una perspectiva *ex ante* de un índice de riesgo socialmente tolerable (para ambos tipos de delito de peligro): NAQUIRA RIVEROS. Jorge, *Derecho penal. Teoría del delito* (Santiago, McGraw Hill, 2008), p. 88.

perspectiva que incluye la mayor cantidad de elementos para su enjuiciamiento, lo que contribuye a elevar los índices de ofensividad, frente a un caso concreto.

Por otra parte, la perspectiva *ex ante*, incluye sólo aquellos elementos que un observador –en la posición del autor al momento del hecho– conocía y manejaba o debía conocer y manejar⁷⁴. Aquí el enjuiciamiento contiene menos elementos que la perspectiva anterior, pues no se toma en consideración lo que *ex post* se conocía, pero de todos modos, incorpora todas aquellas circunstancias que eran conocidas por el autor, un autor, en todo caso, modélico o arquetípico, un “individuo medio”, aquella figura vacía de contenido, que supone la existencia de sujetos ideales que se condicen con la naturaleza irrepetible y única de cada ser humano.

Caracterizados ambos juicios, es necesario hacerse cargo de la afirmación de autores como Cerezo Mir o Maldonado que afirman que *ex post* no puede afirmarse una conducta como peligrosa o no, pues *ex post* toda conducta es lesiva o inofensiva. En ello, creemos percibir un error, por dos razones: por un lado, pues, parece entenderse que la ofensividad como principio se refiere exclusivamente a la lesividad, es decir, sólo serían conductas lesivas, obviamente, aquellas que lesionen un bien. Ello es circunscribir en demasía el alcance del principio y olvidar que el Derecho penal también puede proteger bienes jurídicos en estados anteriores a su lesión, aunque ello no sea, ni deba, constituir la regla general⁷⁵. En el universo inabarcable de las conductas humanas y los progresos de la ciencia y la técnica, el rol del Derecho penal es uno muy humilde: proteger lo tutelable sin sobrepasar los límites que impone un Estado de Derecho. Dado que su alcance es, así concebido, bastante más reducido de lo que pudiese pensarse, las opciones que se le presentan son más bien escasas: castigar, ciertamente, los menos-

⁷⁴ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa*, cit. (n. 11), p. 172.

⁷⁵ Una postura distinta tienen, por un lado, Mir Puig, para quien “Lo anterior conduce a la necesidad de erigir en contenido de lo injusto no el resultado ni la conducta que se demuestre efectivamente peligrosa *a posteriori*, sino los comportamientos peligrosos que aparezcan como tales en el momento de llevarlos a cabo, aunque luego resulte que en realidad no lo eran. ¿Supone esto una subjetivización de lo injusto objetivo? Así sería si la decisión sobre la apariencia se confiase a cada sujeto, pero no si se remite al juicio de la sociedad, representado por el criterio generalizador, normativo-social, del espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces éste dispone”. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (2ª edición, Barcelona, Bosch, 1982), p. Crítico de que él denomina “paradigma de la lesión”, KINDHÄUSER, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, en *InDret*, Barcelona, 1 (2009), [disponible en <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>, visitado el 9 de diciembre de -09].

cabos o destrucciones a objetos jurídicos de valor apreciable, pues ya hemos comprobado que ciertas acciones van orientadas directamente a esos fines. Pero en las etapas previas a la destrucción, el legislador se mueve por terrenos pantanosos, llenos de incertidumbre, donde sólo puede establecer ciertas premisas generales y decir: algunas situaciones, por las características de los medios con que se ejecutan y la naturaleza del bien objeto de protección, *tienden* a producir menoscabos o destrucciones. Una comprensiva mirada a las razonables limitaciones de la imaginación humana, unidas a la escasa ayuda que pueden prestar las ciencias naturales –pues los criterios de causalidad, día a día, son reemplazados por los de probabilidad– deben, entonces, hacer que el legislador sólo señale ciertas conductas como portadoras de un potencial riesgo, como una excepción de los casos que merecen punición; y, dado que la lesión no se produce en estas situaciones, debe exigir, entonces, que sean portadoras de un peligro comprobable, es decir, de un peligro que aconteció, pues el bien ha estado muy cerca de su destrucción, mas, esta no se ha producido. Si la regla es la lesión –que sólo, obviamente, se puede apreciar *ex post*– los criterios de exigencia en los delitos de peligro no deben reducirse: habrá que considerar *todo* el cúmulo de circunstancias que han acompañado el acto pues, sólo un juicio que tome en consideración todo el plexo de lo fáctico, se corresponde con un Derecho penal del hecho y no cede terreno a las siempre seductoras, pero peligrosas, ideas oriundas del Derecho de la personalidad. Una orientación de este jaez debe, entonces, rechazar, también, los criterios de peligrosidad de la conducta.

La segunda razón por la cual debe estimarse errónea la afirmación de que *ex post* aquello que no produjo la consumación del delito es inofensivo, se debe a la confusión, ya apuntada más arriba, acerca de la utilización de los términos perspectiva *ex ante* y *ex post*⁷⁶. Ciertamente, cuando la acción y el resultado ya se han verificado, resulta absurdo colocarse en una perspectiva *ex post* y decir: esto *ex post* menoscaba o destruye un bien, pues estaría contestándonos algo que ya sabemos⁷⁷. La perspectiva, en cambio, sí es útil en los delitos de peligro, pues el momento de la perspectiva del juicio no es el de la producción del resultado, sino uno anterior: el de la ejecución de acción y antes del resultado, pues es el único momento en que podemos enjuiciar algo que ya sabemos que no se produjo. Es cierto que conlleva una cierta abstracción⁷⁸, es más, se trata de una verdadera

⁷⁶ Seguimos aquí las distinciones realizadas por ALCÁCER GUIRAO. Cfr. *La tentativa*, cit. (n. 11), pp. 169 ss., aceptadas también por VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 226.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 175.

⁷⁸ La abstracción del juicio es lo que lleva a MALDONADO, cit. (n. 12), p. 32, nota 33, a desechar la perspectiva *ex post*.

ficción⁷⁹, pero si consideramos todo aquello que concurrió en el momento de la acción, y no sólo aquello que el autor conocía o debía conocer, habremos dado pasos importantes para concretizar ese juicio. No debe olvidarse que el peligro es potencialidad; las conductas que el legislador, por lo general considera peligrosas, llevan en sí el germen de un riesgo, es decir, son “potencialmente potenciales”; pero de ese germen el Derecho no puede construir una teoría de la responsabilidad, pues el germen es sólo estadístico. Se requiere, entonces, de un criterio que asegure, en grados mayores, que la imputación no se queda sólo en el germen, sino que ha trascendido a él y ha colocado al objeto de protección *ad portas*, muy cerca de la lesión.

Por lo tanto, es posible realizar un juicio *ex post* en un momento anterior al de la producción del resultado. Lo que sucede es que para muchos autores el término *ex post* parece aludir no al criterio —es decir, lo que se requiere, los materiales para construirlo— sino al momento del juicio, y, entonces, se dice: *ex post* es lo mismo que después del resultado o, en estos casos, después del no-resultado. En cambio, el enjuiciamiento *ex post* antes del resultado, implica qué es lo que voy a considerar en la base del juicio, con absoluta independencia del punto temporal donde lo realizaré⁸⁰. Así las cosas, la perspectiva *ex ante* será más subjetiva que la perspectiva *ex post*, pues en la primera sólo se toma en consideración aquello que se conocía o debía conocer; en cambio, en la perspectiva *ex post* —insistimos, desvinculado del momento del juicio— incluye todo lo que rodeaba a la acción en ese instante, conocido o no conocido por el autor, lo que, consiste en “todos los conocimientos ontológicos y nomológicos existentes en concordancia con el carácter objetivo del peligro. La verificación de la prueba del peligro consiste en la comprobación judicial de un estado de cosas, de una situación creada por el agente, cuyo desarrollo después no controla, y que supone una amenaza efectiva a la integridad de determinados bienes jurídicos”⁸¹, es decir, “existe peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero [...] determina el concepto de casualidad, no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que “se basan en una destreza extraordinaria

⁷⁹ En verdad, el único momento en que podemos decir si algo es peligroso o no, es al momento previo a la acción; pero ese juicio no es posible para el Derecho penal, sino para los profesionales de otras ciencias, dado que ante el juez los eventos ya se produjeron.

⁸⁰ Cfr. ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa*, cit. (n. 11), p. 178.

⁸¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 228.

del amenazado o en una feliz concatenación de otras circunstancias” no excluyen la responsabilidad por el delito concreto”⁸².

Entonces, es evidente que consideramos a los delitos de peligro concreto como delitos de resultado: al exigirse la puesta en riesgo concreta, real, efectiva, ese peligro ha producido un cambio en el mundo exterior: antes de la acción, el bien jurídico no ha estado en posición de ser potencialmente afectado; luego de la acción, si bien el objeto jurídico no se ha visto destruido ni menoscabado, se ha encontrado en un estado de potencial lesividad. Si a ello se agrega que, en ciertos casos, el mismo tipo exige una puesta en riesgo concreta, entonces es aún más evidente que esta puesta en riesgo es parte de la estructura del ilícito, hallando certero acomodo en el resultado como parte integrante del acto⁸³. Esto refuerza la idea de que el juicio para la determinación de la existencia del peligro debe ser *ex post*, toda vez que los resultados no se producen por la sola voluntad del autor, sino que, a través de un cúmulo de circunstancias y factores que, concatenados a la manifestación física del sujeto, generan la modificación del mundo externo. Si esto es efectivo, deben considerarse en el juicio todos los elementos que se han presentado junto a la acción, aun cuando ese juicio se lleve a cabo antes de la producción del resultado, y no circunscribirlos a aquellos que tenía o debía estar en conocimiento el agente.

b) La solución basada en la “peligrosidad de la conducta”. Refutación. Sentado lo anterior, es menester abocarnos al problema de la *peligrosidad* de la conducta. Si bien es cierto, trazar un puente entre este concepto y las aberrantes formas de imputación de los sistemas puramente subjetivistas, como los de la tristemente célebre escuela de Kiel, sería algo injusto: los autores que se han colocado en esta posición parten de la base de exigir una efectiva conexión con el principio de ofensividad, equilibrando las exigencias del desvalor de acción y el desvalor de resultado, categorías inauguradas con el finalismo; sin embargo, la utilización del concepto peligrosidad conlleva una serie de problemas difícilmente conciliables con un Derecho penal incardinado en un Estado de Derecho⁸⁴. A ello se agrega

⁸² ROXIN, cit. (n. 8), p. 404, basado en Schünemann. En todo caso, para el profesor alemán el juicio o perspectiva que debe utilizarse es la llamada “prognosis objetivo posterior” de que hablaba von Liszt, suele asociarse al juicio *ex ante*; más, de las explicaciones que desarrollan, nos parece que se refiere con ello a lo que hemos explicado como perspectiva del juicio, no momento del juicio, por lo que creemos participa de la misma idea central: que si se trata de un resultado, deben tomarse en consideración todas las factores y circunstancias presentes *antes* de la producción del resultado.

⁸³ Así lo reconoce la doctrina mayoritaria; véanse: ROXIN, cit. (n. 8), p. 404; MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 53; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 227.

⁸⁴ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa*, cit. (n. 11), p. 32, a propósito del fundamento

que el concepto es sumamente vago, ambiguo y nada claro: las premisas para determinarlo no han sido suficientemente elaboradas; a diferencia del peligro que pueden correr objetos determinados y mensurables, como los bienes jurídicos, este juicio es siempre complejo de formular cuando se trata de seres humanos, por las peculiares e irrepetibles características de cada individuo, las que impiden realizar un pronóstico certero acerca de lo que éste vaya a realizar o no, teniendo en consideración que, a su respecto, es preciso, siempre, suponer la libertad de la voluntad como presupuesto de la responsabilidad penal, lo que coloca al individuo como dueño de sus actos, introduciendo, entonces, un elemento de incertidumbre que ninguna prognosis puede combatir con exactitud.

Sobre el particular, podemos decir que todo resultado de peligro ha tenido, previamente, una conducta peligrosa, pero no toda conducta peligrosa produce un resultado de peligro. Así, por ejemplo, quien hace malabares con afilados cuchillos carniceros, tomando los debidos resguardos para no lesionarse a sí mismo o a otros, comete una conducta que, pudiésemos decir, es peligrosa, pero no ha generado ningún peligro para el bien tutelado. Sin embargo, la idea de peligrosidad sigue siendo muy vaga; podría argumentarse, en el ejemplo planteado, que, por los resguardos tomados, la conducta había dejado de ser peligrosa o que deben tomarse en consideración criterios objetivos para ello, etc. Valgan aquí las explicaciones de los autores que hemos visto en apartado anterior⁸⁵. Por otra

del castigo de la tentativa: “Respecto al modelo basado en la peligrosidad del sujeto, la conclusión ha sido terminante: dicha postura responde a un Derecho penal de autor conformado a partir del abandono de la responsabilidad por el hecho y del principio de culpabilidad, incompatible tanto con el enjuiciamiento retrospectivo de la antijuridicidad, como con el Derecho positivo y, sobre todo, con las exigencias garantísticas que impone un Estado de Derecho”. MAURACH, ZIPF, cit. (n. 13), p. 284: “El peligro puede estar relacionado tanto con la acción como con el resultado. Si se lo vincula con la primera, representa una infracción contra la prohibición de presumir la peligrosidad”.

⁸⁵ El fundamento de la *peligrosidad de la conducta* nace al alero de las construcciones dogmáticas que consideran, en la estructura del delito, que la antijuridicidad no puede descansar sólo en él, así denominado, desvalor de resultado [MALDONADO, cit. (n. 12), p. 54], sino que debe conciliarse con el desvalor de acción, pues “En la actualidad no existen formulaciones que hagan soportar la antijuridicidad en base exclusivamente al desvalor de resultado” (Ibíd., p. 54). Si bien es cierto ello puede predicarse de ordenamientos como el alemán y, en menor medida, del español (fuertemente influenciado por el tudesco), ello no es así en otros, como el italiano que mantiene la antijuridicidad en términos predominantemente objetivos. No es nuestra intención entrar aquí en un debate que pudiese ser perfectamente infructuoso, mas, preciso es señalar que el límite de toda dogmática que se precie de tal son los textos normativos de su propio horizonte, es decir, del ordenamiento jurídico posi-

parte, en la argumentación que se entrega, nos parece que, finalmente, por un rodeo dogmático, se llega, ora vez, al concepto de los delitos de peligro concreto: si ahora la conducta es la peligrosa, pero ello trae aparejado niveles de objetividad mayores, como los que exige Hirsch o Torío López, a propósito de los llamados por él “delitos de peligro presunto”, entonces la diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto radicaría, exclusivamente, en la presencia o no de la víctima; si está presente, delito de peligro concreto. Si no lo está, pero la conducta es peligrosa objetivamente, delito de peligro abstracto. En ello nos parece percibir una incorrecta consideración de los objetos de tutela en juego, algo que se ve en forma diáfana cuando lo tutelado son bienes jurídicos colectivos, que parecen sugerir que no hay víctima en ellos y que su afectación es muy difícil de concretar. Si no se toma en consideración lo que hemos planteado en el primer capítulo a propósito de los bienes colectivos o supraindividuales, es, entonces perfectamente comprensible el rodeo: al tratarse de una víctima difusa, cualquier afectación al objeto de tutela será muy difícil de precisar o, al menos, requerirá de muy pocos elementos para configurar la base del juicio⁸⁶; se llega, por esta vía, a la peligrosidad estadística, que se conforma

tivo al cual pertenece. En este sentido, me parece que no hay argumentos suficientes como para concluir que, al menos el Código penal, considere la antijuridicidad en términos en que se integre al injusto la orientación de la voluntad, es decir, que la antijuridicidad se tiña de subjetividad; no lo es por sus antecedentes (la influencia del Código penal español de 1848) ni por la redacción de sus disposiciones. Sírvanos de ejemplo lo que sucede con la tentativa, regulada en el artículo 7 inciso tercero: “Hay tentativa cuando se da principio de ejecución del crimen o simple delito”, a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán, en que la dirección de la voluntad es un elemento integrante insoslayable: “Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente la realización del tipo” [*Strafgesetzbuch*, (32ª edición, München, Beck, 1998), traducción de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1999]. Súmese a lo anterior de que las corrientes subjetivistas, que han ganado un progresivo prestigio en Europa, poseen un origen oscuro (Cfr. POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, cit. (n. 8) p. 39) —lo que ciertamente no condiciona, en modo alguno, el honesto y, a veces, garantista trabajo de quienes han abrazado estas posturas—, pero, lo que es más importante, que introduce factores moralizantes altamente discutibles en la estructura del delito. En un sentido similar al expuesto, VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 48.

⁸⁶ Que exista un bien colectivo no implica que en éste no esté presente una víctima: “En estos bienes no existe un único titular, por lo que tampoco una víctima individual, sino que todos pueden serlo. Desde esta perspectiva se habla de víctima difusa o potencial. Sin embargo, el hecho de que todos los que estén en una misma situación (o cualquiera de ellos) se puedan ver afectados, no debe llevar a los extremos de negar la existencia de una víctima o identificarla con una única víctima determinada”: VARGAS PINTO, cit. (n. 3) p. 106. “Los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto plantean todavía un problema adicional que no debe ser

sólo con la probabilidad lejana de la lesión, al entender que el legislador ha pretendido tipificar una conducta que, de acuerdo a la experiencia y la observación, tiende a la producción de un resultado, pero sin considerar cómo se produjo materialmente la acción que conlleva, presumiblemente, ese peligro; pero, en cambio, si se entiende que éstos bienes son sólo intermedios para la protección de otros de naturaleza individual, resulta ser que siempre requeriremos de un sujeto pasivo persona natural, pues con la lesión del bien colectivo se pone en riesgo el individual. Por lo tanto, la víctima deberá estar siempre presente, pues, de lo contrario, se anulan completamente los efectos garantizadores que el principio de ofensividad dispensa y que obligan a la mayor concreción de ese peligro general que aparece en la ley.

c) Los delitos de peligro concreto como únicas figuras conciliables con el principio de ofensividad. Los autores que defienden una interpretación del peligro abstracto como peligrosidad de la conducta actúan de este modo por una de dos razones: la primera, que los delitos de peligro abstracto son realidades legislativas de las cuales no es posible sustraerse sin atacar el principio de legalidad⁸⁷; la segunda, que los delitos de peligro abstracto son necesarios en las modernas sociedades del riesgo y que la dogmática debe tener herramientas para su hermenéutica, lo suficientemente conciliables con los principios del magisterio punitivo para no generar un escándalo de irracionalidad.

Nos haremos cargo, primero, de la segunda razón planteada. Nos parece incorrecto superponer las ideas de sociedad de riesgo y anticipación de las barreras de punición como si se tratase de una sola amalgama. Por un lado, no es posible negar que el desarrollo, sobre todo tecnológico, de los últimos treinta o cuarenta años, imponga a las sociedades nuevos desafíos en el plano de la regulación de las conductas, que obligan a los poderes públicos a estar muy atentos para reaccionar rápida y adecuadamente a las demandas radicadas en la comunidad. Pero de ahí a dar el salto a la

menospreciado. Operar en los sectores citados con el instrumental referido, puede significar a largo plazo que se pierda toda evidencia y sensibilidad respecto a los actos delictivos en ellos implicados. Muchos de estos delitos característicos del moderno derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difuminadas. No se exige en ellos un daño. El delito no siempre es un resultado científicamente previsible. Debería reflexionarse sobre la conveniencia de que el delito sea también para la población un delito evidente, sobre todo como un criterio que es precisamente el que le da al derecho penal su especificidad dentro del ordenamiento jurídico, y que, por eso mismo, debe mantenerse”: HASSEMER, cit. (n. 4), p. 25.

⁸⁷ “El resultado de este proceso ha sido la construcción de un elaborado discurso jurídico de compatibilización de principios difícilmente conciliables”: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 131.

consideración que el Derecho penal sea la herramienta adecuada para su tutela y, luego, que los delitos de peligro abstracto constituyan la figura, por antonomasia, perfecta para estos propósitos, supone ya no dar un salto cualquiera, sino un verdadero salto de fe y partir del supuesto, no comprobado, que el Derecho penal tiene las características de ingeniero social y que, en este menester, pueda operar sólo en forma simbólica⁸⁸, con el único objeto de modelar las conductas. En primer lugar, lo anterior desconoce que es muy improbable que surta estos efectos en la comunidad; enseguida, esta visión del ordenamiento punitivo da la espalda a las premisas del Estado de Derecho, toda vez que a éste no le está permitido imponer formas de conducta de acuerdo a una cierta brújula moral, sino que, sólo, puede sugerir a los ciudadanos ciertos comportamientos y, posteriormente, castigar aquellos que menoscaban los valores en los que se asienta y rige su funcionamiento⁸⁹. En otras palabras, la función motivadora de la norma no es la única función que posee.

⁸⁸ Aclaremos que la norma, ciertamente, puede tener efectos motivadores que pueden, a la vez, llevar a la consecución de fines simbólicos; a este respecto, nos plegamos a la tesis de Díez Ripollés sobre el particular, quien afirma que la norma penal también tiene “efectos expresivo-integradores”, entendidos estos “efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes”: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en ARROYO ZAPATERO, Luis - NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 2003), pp. 142-172 (p. 151); el Derecho penal simbólico, entendido entonces que la norma puede tener efectos simbólicos, sería aquel que “Constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos socio-personales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena. Ello sucederá si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal”. *Ibíd.*, p. 164. A esta función descrita por Díez Ripollés identificamos con la función motivadora de la norma. Véase: MUÑOZ CONDE, cit. (n. 36), p. 93 y ss.

⁸⁹ Estos riesgos ya han sido profundamente advertidos: “por otro, el creciente aumento de amplios sectores del derecho penal con una eficacia puramente simbólica: cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídico-penales”, es decir, la utilización sólo política del derecho penal: HASSEMER, cit. (n. 4), p. 46. “El actual derecho penal se ocupa de los “modernos” ámbitos considerados

Respecto a la primera razón, esto es, que la categoría en estudio es una realidad legislativa que el intérprete no puede soslayar, ello es bastante relativo. En primer lugar, y sólo se trata de una cuestión de denominación, si la doctrina ha elaborado un concepto llamado “delito de peligro abstracto”, lo lógico, más allá de la denominación, es que se trata de un delito de peligro en que, por tanto, el riesgo no debe faltar⁹⁰. La denominación estándar sigue siendo ésta y no otras, tales como “de peligrosidad” o “de peligro presunto”. Enseguida, en formulación típica alguna aparece alguna frase tal como “en estos delitos no será necesario que el riesgo se haya producido” o “hay delito sólo con la realización de esta conducta”. Cuando el legislador ha deseado alterar las reglas de imputación, lo ha señalado claramente: por ejemplo, el artículo 450 CP., que castiga como consumado una mera tentativa de robo, señala textualmente que estamos en presencia de una excepción a la regla general: “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. En cambio, en los delitos de peligro abstracto no se utilizan frases como estas. Por último, el legislador en muchas ocasiones ha planteado redacciones reñidas con principios garantísticos y la doctrina no ha tenido inconvenientes en argumentar en su contra⁹¹,

peligrosos (medio ambiente, tráfico de drogas, corrupción, economía, tratamiento de datos, criminalidad organizada) ampliando su ámbito coactivo: utilizando la tipificación de delitos de peligro abstracto en lugar de los tradicionales delitos de lesión, acudiendo a una descripción amplísima de los bienes jurídicos protegidos, con lo cual, casi todo lo que parezca arriesgado para los mismos justifica la amenaza de una sanción; creando nuevos tipos delictivos y marcos penales más severos, sin que se sepa o sea posible cerciorarse a tiempo de si esa nueva forma de coacción “en realidad” aporta algo a la protección de los bienes jurídicos”: Ibíd., p. 153. También en Sánchez García de Paz, para quien el Derecho penal simbólico “En él las funciones encubiertas o latentes se superponen a las manifiestas, el prestigio –la demostración de la fortaleza del Estado, la satisfacción de una “necesidad de actuar” etc.– a la efectividad, cumpliendo así una función de engaño. El Derecho Penal es visto por el legislador, antes que como un medio para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, como un instrumento más para la obtención de una fácil ganancia política a corto plazo, dando respuesta a las demandas sociales de solución rápida de los problemas. Asistimos a una práctica política dirigida no a modificar la realidad, sino la imagen de la realidad en los ciudadanos, a la que Baratta denomina “política como espectáculo”: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999), p. 97.

⁹⁰ En el mismo sentido: MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 8), p. 227.

⁹¹ De hecho, no hacerlo, termina por convertir a la doctrina en una mera aduana para el tránsito de posturas, teorías o elaboraciones sistemáticas inconciliables con la configuración de un Estado de Derecho. “Propuestas promotoras de una progresiva espiritualización de los bienes jurídicos, o resignadas ante la aparente inevitabilidad de las estructuras típicas de peligro, hacen un flaco favor, no sólo a la consolidación

como en el caso de la presunción de dolo que es, literalmente, bastante clara, de todo lo cual nos parece que los delitos de peligro abstracto son más bien una creación de la doctrina con pocos argumentos, incluso de texto, para afirmar que en ellos deba hacerse caso omiso a las reglas generales o que, al menos, es posible e, incluso, necesario, interpretarlos de en conformidad a los principios rectores del ordenamiento punitivo, particularmente desde el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad, lo que lleva a la consideración de que, en ellos, debe exigirse la verificación de un peligro real, concreto, que haya sufrido el bien jurídico; en otras palabras, reinterpretar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro concreto.

De hecho, las similitudes con los delitos de peligro concreto son mayores de las que se han señalado en la doctrina. Se parte de la base de que, en los llamados “concretos”, la abstracción del legislador es menor o inexistente, por la exigencia típica del peligro y que, en los “abstractos”, al no existir esta exigencia, son puramente estadísticos o presunciones simplemente legales. Sin embargo, ello es un error conceptual: en ambos delitos, la configuración del peligro en el tipo siempre es abstracta, pues el legislador no puede colocarse en cada caso y tipificar múltiples situaciones concretas, pues ello rebasa sus capacidades. Es más, todo tipo, de lesión o peligro, es abstracto, pues la generalidad es una característica de la ley, en el sentido de que ésta debe regular supuestos de hecho lo suficientemente amplios para que distintos eventos puedan tener cabida en el arco de su regulación. En Derecho penal esa abstracción es más reducida por la intervención de los principios de legalidad y tipicidad, que importan mayores niveles de determinación, pero siempre conservando esta característica. Si a ello agregamos que la ofensividad es un principio cardinal del Derecho penal, que exige siempre la lesión o puesta en peligro efectiva de un bien digno de tutela, entonces, la aseveración de que en unos es necesaria la comprobación del peligro y en los otros no, pues el peligro está presumido abstractamente en el tipo, es una argumentación que se cae desde su base.

A este respecto, permítasenos colocar el siguiente ejemplo: el artículo 366 quáter CP., que prescribe el denominado delito de corrupción de menores, señala: “*El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro,*

del derecho penal moderno, sino también a la evitación de su infiltración por corrientes político-criminales espurias”: DÍEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo*, cit. (n. 20), p. 37.

realizarse acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo". Si partimos de la base de que este delito protege la integridad sexual del menor, en el sentido de que éste no vea afectadas sus ideas o nociones acerca de la sexualidad humana, sino que se forme un juicio sano acerca de ella –que puede ser perturbado por la visión de la pornografía, donde los sujetos suelen ser objetos de satisfacción lúbrica–, tenemos que, por un lado, el legislador ha considerado que ciertas conductas, como hacer que un menor vea pornografía, es peligrosa para ese bien (no podemos afirmar de buenas a primeras lesión, pues de ello sólo podremos saber cuando el sujeto sea un adulto y si la contemplación de este espectáculo ha alterado su concepción acerca del sexo); esa consideración legal ha sido abstracta, pues supone que dichas conductas tienen ese efecto; ahora, las exigencias del principio de ofensividad disponen que el bien se haya puesto en peligro efectivamente, es decir, que el menor haya tenido la oportunidad de ver y comprender lo que observa, pues sería el único modo en que éste pudiese comenzar a incubar nociones erróneas o malsanas acerca de esta importante función y pulsión humana. Por tanto, deben rechazarse cualquier tipo de incriminaciones a conductas que pudiesen ser inocuas, por ejemplo: si las acciones de significación sexual fueron realizadas ante un menor dormido o la exhibición de material pornográfico ha sido ejecutada ante un niño de escasos meses que no pueda comprender lo que ve u oye, en estos casos, afirmar qué bien tutelado ha sido puesto en peligro, sería absurdo. Véase que hemos partido indicando que el tipo está redactado, en todo caso, en términos abstractos, pero que la labor hermenéutica del juzgador debe llevar, en los ejemplos planteados, a la impunidad: esas conductas serán inmorales, pero no constituyen aspectos de interés para el Derecho penal.

Así, entonces, los únicos delitos de peligro que un Derecho penal de un Estado de Derecho puede aceptar sin causar una tensión insoluble con principios constitucionalmente protegidos, son aquellos en que el riesgo se ha producido efectivamente, impidiéndose, entonces, la elaboración de tipos que sólo contengan una peligrosidad meramente estadística⁹²,

⁹² "Cuando se trata de una presunción de derecho del peligro en los delitos de peligro, aquí se está presumiendo justamente la base misma sobre la que se construye el delito, es decir, el injusto, se está pues construyendo un delito a partir de un concepto vacío, de una mera idealidad. Debe recordarse que el delito es, ante todo, un hecho dañoso o peligroso social, sólo secundariamente implica un desvalor ético": BUSTOS Juan - POLITOFF, Sergio, *Los delitos de peligro en Revista de Ciencias Penales*, 27 (1969) 1, pp. 35-47 (p. 40).

exigiendo muy pocos datos o antecedentes para concretar el peligro que el legislador, abstractamente, ha considerado inherentes a ciertas conductas⁹³. Dado que el instrumento del que se vale el Derecho penal es el más grave del arsenal de sanciones del Estado, su utilización debe quedar reservada, en el caso de los delitos de peligro, a aquellos que provoquen una verdadera puesta en riesgo del bien objeto de protección, no bastando, entonces, una conducta que, por mucho que se adapte a lo preceptuado en la ley, no contenga características que lo hagan potencialmente ofensivo para el bien tutelado⁹⁴.

Por ello, la descripción que se haga de los tipos no debiese constituir un obstáculo para la reinterpretación de estas figuras en clave del único peligro que, penalmente, es aceptado como merecedor de sanciones penales, es decir, el riesgo concreto. Por ello, y sin que signifique una alteración en la carga de la prueba, debe comprobarse en cada caso la puesta en riesgo efectiva que el bien ha experimentado, reservando la sanción penal sólo a aquellos supuestos en que ello ha ocurrido, dispensándose sólo sanciones de índole administrativa si dicho peligro no se produjo⁹⁵.

⁹³ “Por eso recuerda Binding, con razón, que el Derecho penal ha repugnado siempre admitir delitos de peligro a causa de su enorme vaguedad y de las dificultades probatorias que ofrece el acreditar la realidad de un peligro, por lo que estas figuras se admiten tan sólo en aquellos casos en que la existencia del peligro viene atestiguada por miles de experiencias”: RODRÍGUEZ DEVESA, cit. (n. 13), p. 427.

⁹⁴ La peligrosidad estadística puede ser útil para la obtención de “objetivos de gestión”, más acordes con el Derecho Administrativo que con el Derecho penal. Justamente, a propósito de los delitos en estudio en el presente trabajo, “en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación –reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera– puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa. Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación”: SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal* (2ª edición, Madrid, Civitas, 2001), p. 128. en un sentido similar: ARROYO ZAPATERO, cit. (n. 12), pp. 251-252.

⁹⁵ En un sentido similar: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 8), p. 227-228: “No es relevante de que el peligro aparezca o no entre los elementos del tipo a la hora de configurar un delito de peligro concreto; la nota realmente relevante es que se trate de un resultado de puesta en peligro. Como ya hemos rechazado con anterioridad la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, también en los casos en los que el tipo penal se ha venido calificando de abstracto por no incluir entre sus elementos la expresión “poniendo en peligro X bien jurídico” han de ser interpretados como supuestos de peligro concreto en los que es necesario que el juez entre a verificar la efectividad de la puesta en peligro”.

Como puede apreciarse, esta sería una de las escasas formas de separar los ilícitos de índole meramente administrativa de aquellos de interés penal. Buena parte de la doctrina olvida que el bien jurídico no es una categoría exclusivamente penal, sino que pertenece al contenido de lo injusto, y éste es transversal al Derecho, sólo que no todas las ramas del ordenamiento lo consideran de la misma forma: así, por ejemplo, el Derecho civil también protege la propiedad o el patrimonio en forma más genérica, pero la función que ejerce el objeto jurídico en ese caso, es diferente (el bien es funcional a la idea de protección del tráfico jurídico en general); en el Derecho administrativo puede, incluso, faltar, pues sus orientaciones tienen más que ver con la obtención de cierto orden general y la concreción de conductas respetuosas de las formas y fines del Estado⁹⁶; el concepto de bien jurídico en esta parcela del ordenamiento podrá tener cabida, pero secundariamente; podrán coincidir conductas que vulneren la fidelidad que los administrados deben a la Administración y la lesión de un bien jurídico. Pero de esta última premisa no se extraen consecuencias dogmáticas de la misma fuerza y trascendencia que el Derecho penal, pues aquí el objeto jurídico cumple una función central, de basamento de la antijuridicidad y, su protección, se transforma en su función central.

En el fondo, la conservación de tipos de peligro abstracto termina justificándose por cuestiones de índole moral, es decir, de intervención del Estado en la conducción de la vida de los sujetos. En el ejemplo que hemos planteado a propósito de la corrupción de menores, el castigo en los casos en que el bien no ha estado en peligro concreto, importa la punición de ciertas manifestaciones consideradas inmorales, aberrantes, lúbricas. Piénsese en el sujeto que se excita masturbándose delante de niños dormidos que, por esta razón, no ven la acción del morboso. Quienes pretendan castigar esto tendrán muchos problemas para justificarlo, pues no logra percibirse dónde podría residir el potencial lesivo o peligroso de esa conducta para el menor, atendido el bien tutelado. A la larga, se llega a lo que Roxin afirma respecto de los delitos de manejo en estado de ebriedad, ante la justificación de su castigo como ilícito de peligro concreto: “El caso clásico de este grupo es la conducción bajo influencia de bebidas (§ 316). Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una

⁹⁶ A propósito del Derecho administrativo sancionador, dice SILVA SÁNCHEZ: “Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las ‘grandes cifras’; el ‘problema estructural’ o ‘sistémico’).” cit. (n. 94), p. 126,

puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivo generales (“didácticas”) – pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas (aquí: la conducción de vehículos bajo influencia del alcohol)⁹⁷. Sobran los comentarios que puedan hacerse sobre esto⁹⁸.

A esta conclusión, pero con fundamentos distintos, ya había llegado en Chile Jorge Mera Figueroa, basado en la prohibición de presumir de Derecho la responsabilidad criminal, consagrada en la *Constitución*, artículo 19 N° 3 inciso 6° y en el contenido material de la antijuridicidad⁹⁹. Consideramos que sus argumentos son perfectamente conciliables con lo aquí expuesto¹⁰⁰. Ello, en todo caso, no implica la inversión de *onus probandi*, criterio limitador propuesto también con el objeto de restringir el enorme peso que se le da a la presunción de antijuridicidad que contienen estos delitos¹⁰¹. Por el contrario, lo beneficioso de reinterpretar estos ilícitos como de peligro concreto es que siempre deberá probarse, por parte del órgano acusador, la producción de un peligro con base en un juicio *ex post*. Es la única forma de dar contenido material a la categoría y no caer en la tan discutible administrativización del Derecho penal. Por cierto que lo ideal es la reforma de estos delitos, pero, en el ínterin, un magisterio punitivo que rinda honores a los principios que preceden a su construcción positiva, debe guiarse por esta senda.

También en Chile, Tatiana Vargas Pinto concibe una nueva especie de

⁹⁷ ROXIN, cit. (n. 8), p. 410.

⁹⁸ Los costos de la utilización simbólica del Derecho penal, por ejemplo, a través de estos delitos, son altos “la reducción de los presupuestos de la pena supone también una reducción de las posibilidades de defensa y de pautas informativas del legislador que orienten a los jueces”: HASSEMER, cit. (n. 4), p. 27.

⁹⁹ Cfr. MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno* (Santiago, ConoSur, 1998), p. 132.

¹⁰⁰ En España: MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del Código penal*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (CB), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales* (Madrid, Dykinson, 2008), pp. 179-216 (p. 184), tiene una postura similar, en el sentido de interpretar estos delitos derechamente como delitos de peligro concreto.

¹⁰¹ A favor, en Chile: POLITOFF, MATUS - RAMÍREZ, cit. (n. 8), p. 211. El problema de exigir la prueba es que se invierte el *onus probandi* en perjuicio del imputado: cfr. CEREZO MIR, *Los delitos*, cit. (n. 41), p. 488 y en *Derecho penal*, cit. (n. 36), p. 499; y VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 326. BARBERO SANTOS, cit. (n. 8), p. 495 se muestra, en cambio, más proclive a aceptarla, aunque con matices.; sin embargo obrar de este modo es convertir, artificiosamente, “una jirafa en un perro”, es decir, mutar la naturaleza de estos delitos. Cfr. ROXIN, cit. (n. 8), p. 408; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 8), p. 228.

delitos de peligro: los denominados “delitos de puesta en peligro abstracto”. Su examen parte de la base de la clara distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos; luego, si bien se admiten las íntimas conexiones que poseen, no requieren de una lesión o puesta en riesgo de los bienes individuales y, a la vez, afirma que es muy difícil aceptar un peligro concreto para los bienes supraindividuales. Finalmente, el estado de peligro abstracto se configura como “una situación de incontrolabilidad que la norma busca reprimir y evitar. Situación que, sin exigir el ingreso de un bien penal en el radio de acción de una conducta concretamente peligrosa, ya genera un peligro suficientemente relevante. Ella se revela como una especie de “tornado” o “remolino” que envuelve al bien jurídico-penal colectivo y que puede alcanzar a cualquiera de los miembros del colectivo sin necesidad de que lo haga”¹⁰². A nuestro juicio, a pesar de que con esta concepción se evitan muchas de las perniciosas consecuencias de los delitos de peligro abstracto, no queda tan claro cuál es la diferencia específica entre este torbellino de incontrolabilidad y el riesgo corrido, toda vez que aquello que configura un peligro concretamente relevante debe ser aquello que de un modo u otro perturba o puede perturbar el bien afectado.

III. EL DELITO DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBriedAD O BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO

1. *Introducción.*

El Derecho penal en materia de tráfico viario está cruzado por infracciones de naturaleza más cercana a la administrativa que los delitos propiamente tales, constituyendo un entramado normativo, a veces, de difícil reconstrucción dogmática que, probablemente, por el bajo impacto de las penas que dispensa y el convencimiento de que las conductas ahí descritas son peligrosas *per se*, motiva que, a pesar de las críticas acerca de los delitos de peligro abstracto, se justifique su inclusión en estas materias. Tal línea de justificación nos parece inapropiada, pues los principios que se ven amenazados por estas figuras son “características que individualizan y perfilan los Derechos penales propios de una determinada cultura jurídica”¹⁰³; su manipulación, por tanto, desfigura su genuina forma y alcance¹⁰⁴, convirtiendo a dicho Derecho penal en uno útil a pretensiones diversas de su real finalidad.

Hemos asegurado en el apartado anterior que los delitos de peligro

¹⁰² VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 438.

¹⁰³ RIVACOBA Y RIVACOBA, cit. (n. 18), p. 58.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 71

abstracto presentan serios problemas de legitimidad y su justificación —en el sentido de que se tratan de conductas que deben castigarse, ya sea porque su acumulación puede generar un clima de desprotección al bien jurídico o por cuestiones de dirección moral de las conductas— insuficiente para mantenerlos en los ordenamientos punitivos; también que, en buena medida, se trata de una creación doctrinal y que el lenguaje utilizado en los tipos no es suficiente para excluir la verificación del peligro para el objeto jurídico en cada caso, por lo que siempre hemos, desde una perspectiva *ex post*, en el momento previo de la producción del resultado, exigir la presencia de un peligro o riesgo, entendido como la potencialidad concreta de lesión que se ha dejado de producir por circunstancias ajenas al control del agente o sujeto activo. Bajo esta perspectiva, preciso es ahora abocarnos al análisis de los delitos contemplados en los artículos 196-E y 196-C de la Ley N° 18.290 que, como ya hemos advertido, son considerados de peligro abstracto por casi la unanimidad de la doctrina nacional y extranjera.

2. Análisis del artículo 196-E de la Ley N° 18.290.

Partiremos nuestro análisis con el primero de ellos en importancia, es decir, el manejo o conducción en estado de ebriedad, del artículo 196-E de la Ley del tránsito: “*El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115-A, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupeficientes o sicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días. [Inciso 2º] Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones graves o menos graves, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales. [Inciso 3º] Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal o la muerte de una o más personas, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales. [Inciso 4º] El tribunal, en todo caso, podrá hacer uso de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 196 C.*”.

De la redacción legal nos interesa, por el momento, el inciso primero. Lo que más llama la atención es que poseen la misma penalidad dos figuras radicalmente opuestas: la conducción en este estado causando lesiones o daños leves y la conducción que no produzca tales resultados. Claramente se trata de una grave afrenta al principio de ofensividad, pues, la proporcionalidad que de éste se deriva impide castigar una mera puesta en peligro

de la misma forma que el menoscabo o destrucción del bien protegido.

Sin embargo, sí nos permite apreciar con claridad el bien jurídico afectado por este delito. La conexión con el delito de lesión al que se refiere el mismo inciso, nos permite confirmar nuestra postura de que el castigo de esta conducta está orientado a la protección de la seguridad del tráfico entendida siempre como un bien supraindividual intermedio o de referente individual. Dijimos que estos bienes protegen mediatamente bienes de carácter eminentemente individual a través de la protección de un interés colectivo. A nuestro juicio, ello en este caso es evidente, por dos razones: primero, por la redacción del inciso en comento. Luego, porque si el bien protegido en estos casos hubiese sido directamente la vida, la salud o la propiedad, no tiene sentido adelantar la barrera punitiva hasta un punto tan distante de la lesión, esto es, la mera conducción en estado de ebriedad. El *Código Penal* y las leyes especiales no utilizan esta forma de legislar, pues de lo contrario habría que castigar cualquier conducta que implique algún grado de probabilidad general de menoscabo o destrucción como delito de peligro abstracto: así, nos encontraríamos con frecuencia ante peligros abstractos de homicidio o de lesiones. La conducción en estado de ebriedad protege este interés supraindividual que hemos definido como aquel sin el cual los sujetos que intervienen en el tráfico no pueden desempeñarse con un mínimo de seguridad para su vida, salud o propiedad. En efecto, quien se desempeña en este estado resta una parte de la seguridad que todos comparten —y que el ordenamiento jurídico trata de garantizar a través de sus prohibiciones— pues las peculiaridades somáticas de la ingesta alcohólica manifiestan una elevada tendencia a la producción de accidentes al disminuir ciertas capacidades, estimadas como indispensables, para una conducción apropiada, esto es, capacidades que no aumentan los riesgos consustanciales de la conducción.

Desde esta perspectiva, creemos que pueden darse las siguientes situaciones que es preciso revisar separadamente para determinar qué tipo de ofensa se produce contra los bienes tutelados y, en consecuencia, qué tipo de reacción debe dispensar el ordenamiento jurídico:

a) Lesión del bien jurídico supraindividual - peligro para el bien jurídico individual¹⁰⁵. Si el desempeño del conductor posee

¹⁰⁵ La posibilidad de lesión de un bien jurídico colectivo es posible, sobre todo cuando éstos “se comprenden como determinadas condiciones de seguridad para el funcionamiento de sistemas y para el goce tranquilo de determinados derechos o bienes individuales”. VARGAS PINTO, cit. (n. 3) p. 136. Luego, la categoría de delitos de lesión-peligro es reconocida en doctrina, como aquel en que el tipo penal exige el menoscabo efectivo del bien colectivo y la puesta en peligro del bien jurídico personal. Cfr. MATA Y MARTÍN, cit. (n. 8), p. 76.

características suficientes para, por un lado, alterar la seguridad del tráfico —en el sentido que disminuye los niveles de certeza del resto de los intervinientes en éste— de modo tal que bienes jurídicos de naturaleza individual como la vida o la salud han entrado en el radio de acción de la conducta y el resultado no se ha producido en virtud de una feliz concatenación de las circunstancias o a la destreza del sujeto pasivo, en las que no se puede razonablemente confiar desde una perspectiva *ex post*, antes del resultado, entonces no hay inconveniente alguno en considerar que ese individuo ha incurrido en la descripción típica del artículo 196-E de la Ley N° 18.290. Entonces, se ha producido un delito lesivo para la seguridad y un delito de peligro (concreto) contra los bienes individuales que acabamos de señalar. Va en apoyo a esta perspectiva el hecho que la mera puesta en riesgo y el resultado destructor se hayan conminados con la misma penalidad, lo que sugiere que el legislador entiende que el hecho de conducir en estado de ebriedad podría causar resultados lesivos y que estas situaciones se hayan tan estrechamente vinculadas, que es preciso castigarlas con una misma sanción. Sin embargo, si se entendiese que lo descrito es un delito de peligro abstracto junto a un delito de lesión no puede extenderse un puente lógico entre el peligro y la lesión, pues, si se considerase que basta la peligrosidad estadística para tener delito, entre éste y aquellos casos en que se producen resultados de menoscabo o destrucción la distancia es demasiado amplia e insalvable: tendríamos que sostener que una mera probabilidad no concreta de peligro es tan ofensiva como aquella que lesiona, aun levemente, los bienes individuales. Cómo esta justificación es insostenible, y tomando en consideración lo apuntado en el apartado previo, el tipo del inciso primero, parte primera del artículo en comento, es un delito de peligro concreto.

En todo caso, serán extrañas y muy poco frecuentes las situaciones en que la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes no coloque en peligro concreto la vida, la salud o la propiedad. Recordemos que concluimos en el apartado anterior que la tesis de la peligrosidad de la conducta terminaba por hacer un rodeo en que la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y concreto se resumía en la presencia o no de la víctima o sujeto pasivo. Pues bien, dado que los casos en que no existan otros intervinientes en el tránsito —y hay que pensar, por cierto, en personas, no en autómatas— serán muy escasos e infrecuentes, lo común será que se produzcan riesgos concretos contra la vida, la salud o la propiedad. Los casos en que ello no se verifique son difíciles de observar: se da el ejemplo de quien transita por una carretera secundaria, escasamente utilizada y conservando —en la medida de lo posible— el control del vehículo con seguridad, es decir, a una velocidad adecuada, incluso inferior a la permitida, tratando de no sucumbir a los efectos adormecedores del alcohol

—llevando, por ejemplo, la ventanilla del conductor abierta para recibir en el rostro las caricias de viento o la brisa. Pues bien, en este caso, no hay inconveniente alguno en considerar que no ha existido peligro concreto de bien individual alguno, pues, desde un punto de vista *ex post*, vale decir, tomando en consideración todos los factores presentes en el hecho y antes de la producción del resultado —de la no-lesión— si bien se ha ofendido la seguridad del tráfico en términos generales, esta lesión no genera o reporta un riesgo para los bienes individuales que tutela indirectamente. Será difícil observarlo en casos de tránsito en ciudades o centros densamente poblados, donde la mera comprobación “de que no viene nadie”, será una esperanza poco justificable, toda vez que, los intervinientes en el tráfico son tanto conductores de otros vehículos, como peatones, y resulta impredecible, asegurar la ausencia de potenciales víctimas; mas, no será imposible: así, por ejemplo, en el caso del sujeto que, habiendo bebido varias copas de vino, transite a ciertas horas de la madrugada por vías poco frecuentadas y tomando similares resguardos a los del ejemplo anterior; será plausible, al menos discutir, que en esta situación se ha creado un peligro concreto.

Esta solución obligará al juez a dejar el rol más bien pasivo que tiene frente a estos delitos y plantear, derechamente, la existencia o no del injusto en cada caso. La motivación de las sentencias resguarda la certeza y seguridad jurídicas, demandadas del Derecho y de sus operadores, que la comprobación meramente estadística del riesgo pasa por alto. Frente a los mensajes de eficacia del instrumento punitivo, debe alzarse la del principio de protección de bienes jurídicos orientado a que los sujetos sean capaces de comprender el mensaje normativo incardinado en cada disposición legal y que, al menos en materia penal, este mensaje debe comprender la perturbación de un interés social relevante, perturbación que el juez debe determinar en cada caso y no contentarse con una adecuación mecánica entre conducta y tipo, pues esta perspectiva, conduce, finalmente, a desdibujar los fines y funciones del Derecho penal, terminando por asemejarse con un ordenamiento meramente sancionador de desobediencias¹⁰⁶.

b) Peligro del bien jurídico supraindividual - peligrosidad estadística del bien individual. En cambio, si la conducta desplegada por el agente se limita, por sus características, a producir sólo un peligro para el bien supraindividual y una probabilidad abstracta de lesión para el objeto jurídico individual, ésta no debe ser materia del Derecho penal, sino del Derecho administrativo. Los bienes supraindividuales o colectivos en un Estado de Derecho no pueden ser el principal objeto de tutela, sino

¹⁰⁶ El riesgo de automatismo en las decisiones del juez ya ha sido denunciado en Chile por VARGAS PINTO, cit. (n. 3) p. 369.

sólo cuando estos se hallan íntimamente conectados con bienes de naturaleza individual, pues la tutela de aquellos permite una mejor protección de éstos. Por lo tanto, si la infracción a la Seguridad del tráfico no posee una entidad tal como para colocar en riesgo la vida, la salud individual o el patrimonio, sino que solo estadísticamente dicha conducta podría haberlo producido, no hay antijuridicidad tutelable penalmente.

Como podrá observarse, la mayor dificultad que plantean estas situaciones consiste en determinar cuándo existe peligro concreto para la vida, la salud o el patrimonio. En este sentido, deben venir en auxilio nuestro las peculiares características de cada uno de estos objetos, pues al tratarse de entidades materiales y tangibles, no cualquier conducta las colocará en el radio de una potencial destrucción. Nos parece que los parámetros para determinar el peligro en cada caso, debiesen ser los siguientes:

i) Vida y salud individual: presencia de peatones u otros conductores y cercanía de éstos, velocidad de desplazamiento, condiciones atmosféricas (lluvia, nieve, neblina), luminosidad, infracción de normas de la conducción básicas (adelantamientos, virar en “U” o estacionar en lugares prohibidos), condiciones de la conducción (hablar por teléfonos móviles ocupando las manos o manejar discutiendo con otras personas), comportamiento de otros conductores o peatones.

ii) Patrimonio: a las anteriores, habría que agregar la cercanía de cosas ajenas, desde vehículos hasta inmuebles, pero en términos de gran proximidad, pues las vías por las cuales circulan los vehículos están rodeadas de cosas y no cualquier conducción en estado de ebriedad las coloca en el radio de una potencial lesión. A este respecto, por ejemplo, será un buen parámetro para determinar el peligro de destrucción o daño en los bienes, el hecho que el conductor ingrese a la vereda o pase muy cerca de algún poste del alumbrado público, aunque, en este caso, la vida y la salud del propio conductor, probablemente, ha sufrido un peligro concreto.

Ahora bien, todo lo anterior se halla gobernado por un elemento del tipo de naturaleza descriptiva que es el “estado de ebriedad”. Por ello, hemos querido separar los parámetros de puesta en riesgo de los bienes individuales de este elemento, ya que, si se ejecutan estos actos sin encontrarse en estado de intemperancia, no se produce delito alguno, aunque sí una falta administrativa. No existe en nuestro ordenamiento un delito de conducción temeraria como en el caso español, donde pueden reconducirse actos que, aun sin ser realizados luego del consumo de bebidas espirituosas, colocan en riesgo concreto la vida y la salud. En nuestro ordenamiento, es preciso que ello esté gobernado por el estado de ebriedad¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Por ello, no estamos de acuerdo cuando Morillas Fernández, autor que consi-

Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que éste puede determinarse por cualquier medio, tal y como lo prescribe en forma expresa el artículo 115-B de la Ley N° 18.290. Una ingesta alcohólica cualquiera no es suficiente dato para la existencia de tipicidad. Sólo constituirá el primer elemento que, unido a como esta ingesta ha afectado al conductor, nos permitirá afirmar o rechazar la tipicidad¹⁰⁸, pues la ciencia ha determinado, sin mayor polémica, que el alcohol funciona de forma distinta dependiendo de la tolerancia de cada organismo y de ciertas circunstancias como graduación alcohólica de la bebida, metabolismo de ésta, género, el hecho de haber consumido alimentos o no, enfermedades preexistentes, tiempo transcurrido entre la ingesta y la conducción, etcétera¹⁰⁹.

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo 115-B de la Ley N° 18.290¹¹⁰ no puede constituirse en única prueba del proceso, a pesar de su tenor literal. La concentración de alcohol en aire espirado a lo sumo puede servir como primer instrumento de imputación, debiendo ser acompañado por otros¹¹¹, particularmente del atestado policial, el cual debiese

dera que estos delitos deben ser interpretados en clave de peligro concreto, propone que sea la *influencia del alcohol* el criterio para determinar si el bien se ha colocado en un riesgo tangible o no, pues ello es sólo el presupuesto para que pueda observarse; además, con ello pareciera acercarse más a la tesis de la peligrosidad de la conducta que al resultado de peligro. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, *La influencia*, cit. (n. 100), pp. 190 ss.

¹⁰⁸ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit. (n. 12), pp. 385 ss.: “La efectiva peligrosidad de la conducta depende no sólo del grado de concentración alcohólica, sino de múltiples factores: fundamentalmente de las características somáticas del sujeto y su grado de tolerancia al alcohol, de las posibles interacciones con otras sustancias y de los factores circunstanciales de la conducción”. También: SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial* (12ª edición, Madrid, Dykinson, 2007), p. 728: “Por “influencia” hay que entender lo que afecta gravemente a las condiciones físicas y psíquicas que en todo momento debe tener el conductor de un vehículo; ha de estar influido en forma negativa, es decir, restando seguridad a su capacidad para conducir. No sería punible la conducta de quien ha tomado tales sustancias pero que no le afecten a su capacidad para conducir correctamente, pues no estamos ante una ley penal en blanco”. En Chile: VARGAS PINTO, cit. (n. 3), p. 369.

¹⁰⁹ Cfr. FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Imputabilidad penal* (Buenos Aires, Ediar, 1981), p. 244.

¹¹⁰ Esta disposición señala en su inciso 2º: “Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que hay desempeño en estado de ebriedad cuando el informe o prueba arroje una dosificación igual o superior a 1,0 gramos por mil de alcohol en la sangre o en el organismo”. Curiosamente lo declara luego de que en el inciso primero permitiese otros medios de prueba que consideran la evaluación del estado general del imputado.

¹¹¹ Así lo ha señalado también buena parte de la doctrina: MORILLAS FERNÁNDEZ,

manifestar cómo fue encontrado el sujeto, qué signos físicos poseía, cómo reaccionaba ante instrucciones sencillas, etc. Sólo esto puede determinar si el conductor se hallaba en un estado de ebriedad tal que afectase la conducción¹¹², pero, como hemos examinado, fuerza es, además, determinar si esa conducción implicó o no un riesgo para los bienes jurídicos que ya hemos comentado.

3. Valoración crítica de la regulación legal del delito de conducción en estado de ebriedad

La incriminación de una conducta en un Estado de Derecho debiese seguir un derrotero que, primero, agote otras instancias de prevención o castigo y, cuando estas se demostrasen insuficientes, recurrir al recurso penal. Ello tiene que ver, a nuestro juicio, con dos fundamentos insoslayables: primero, que la severidad de la reacción penal debe siempre estar reservada para la protección de los bienes jurídicos más relevantes de cuantos existen en el medio social de donde emergen y sólo respecto de los ataques más graves o intolerables. En segundo lugar, pues porque cuando se recurre indiscriminadamente a la pena para el castigo de cualquier conducta, aquella deja de tener un contenido sancionador específico y pasa

David Lorenzo, *La conducción de vehículos a motor bajo la influencia del alcohol*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 87 (2005), pp. 65-92 (p. 83); EL MISMO, *La influencia*, cit. (n. 100), p. 182. De hecho se refiere explícitamente a la presunción similar que posee la ley española acerca de la impregnación alcohólica en sangre: “No deja de ser un criterio carente de valor, más bien una criminalización presunta, que vulneraría el principio de presunción de inocencia”, p. 209; VILLALOBOS, FIGUEROA Y MAGGIOLO, cit. (n. 1), p. 5; TECKE, Alberto, *Medicina Legal* (Santiago, Mediterráneo, 1983), p. 140; LABATUT, cit. (n. 1), p. 123; OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal* en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002) en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html [visitado el 7 de diciembre de 2009], p. 3; TERRAGNI, Marco Antonio, *Responsabilidad penal del ebrio* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), p. 14;

¹¹² Tanto Olmedo Cardenete como Morillas Fernández señalan una serie de características somáticas que permitirían, más allá de los exámenes de alcoholemia, determinar si un individuo se halla o no en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol: halitosis alcohólica, ojos brillantes o enrojecidos, habla titubeante, repetitiva, pastosa, problemas de equilibrio, vómitos, desorientación o características de la conducción como invasión de carril contrario, velocidad inadecuada (muy lenta o muy rápida, elusión de señales, colisiones. Olmedo Cardenete agrega incluso la afirmación del propio individuo de haber ingerido alcohol. OLMEDO CARDENETE, cit. (n. 111), pp. 4 ss.; MORILLAS FERNANDEZ, *La influencia*, cit. (n. 100), pp. 190 ss.

a confundirse con otras consecuencias jurídicas negativas, perdiendo las funciones de prevención que se le predicen¹¹³.

En materia de tráfico rodado, esta situación es patente. El legislador ha considerado que sólo el recurso penal es el adecuado para el castigo de conductas que atenten contra la seguridad del tráfico rodado. Sin embargo, ¿es efectivo que, previamente, otras medidas, extrajurídicas o jurídicas fracasaron en esta misión? ¿Es efectivo que se trata de un bien jurídico de entidad valorativa tal que requiera de la protección dispensada por el Derecho penal a través de la pena? ¿Es el manejo en estado de ebriedad un ataque grave e intolerable contra la seguridad del tráfico?

Respecto a la primera de las preguntas esbozadas, nos inclinamos por la negativa más rotunda. En materia legislativa, nuestro país sólo ha tendido a recurrir a la pena para estas conductas, haciendo muy poco a través de otras medidas y pretendiendo solucionar el problema con una demostración de dureza e implacabilidad que no se condice con su inacción en otros ámbitos relacionados a la seguridad vial. Uno de los aspectos más graves sobre el particular, lo constituye la facilidad supina con que, día a día, se obtienen licencias de conducir. Chile exhibe altas deficiencias en este aspecto, conformándose con pruebas cortas, sin exigir cursos de aprendizaje de manejo y con medios para la toma de estas evaluaciones muy desiguales a lo largo del territorio. Así, se lanza a las calles un contingente de individuos que, en gran medida, sólo poseen rudimentos acerca del manejo y poca conciencia de las graves consecuencias que implica el hecho de sentarse al volante de una máquina como lo es un automóvil. Ello debe vincularse necesariamente con aspectos de la idiosincrasia local que, al no ser seriamente considerados, terminan por elaborar una suerte de realidad paralela a la oficial, incoherente con ésta. Nos referimos a la cultura del alcohol en Chile¹¹⁴, reflejada en la alta tasa de consumo de esta droga por parte de la población¹¹⁵ y, en un sentido más profundo,

¹¹³ A ello hay que agregar que, dado que el Ministerio público, como sostenedor de la acción penal, posee facultades para evitar, incluso, el juicio penal, que transforman a estas normas casi en entelequias, con el consiguiente desconcierto de la comunidad, a la cual se dice, por un lado, que ciertas conductas serán castigadas penalmente, y por otro, que son menos relevantes como para que el Estado se dirija en contra de los sujetos con su recurso más extremo. Esto puede estar reflejando en los hechos que los mismos actores del proceso identifican también esta “falta de justificación en la incriminación”.

¹¹⁴ A este respecto, en España esta cultura se denomina muy gráficamente, “cultura del botellón”. Véase: MORILLAS FERNÁNDEZ, *La conducción*, cit. (n. 111), p. 68.

¹¹⁵ “Según los resultados del Quinto Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile, realizado por CONACE en el año 2002, se estima que cerca de 5 millones de personas entre los 12 y 64 años de edad son consumidores actuales de

la asociación que se realiza entre alcohol y diversión¹¹⁶, realidad que se demuestra ante la comprobación que, durante los fines de semana, se registra la mayor cantidad de accidentes e incidencias de variada índole que afectan la salud y la vida de las personas relacionadas con el alcohol¹¹⁷. Frente a la constatación de estas realidades, el Estado ha hecho muy poco por prevenir y mucho por sancionar: los dueños de locales nocturnos no tienen obligación de exigir la llave al conductor designado —de hecho se trata de una institución inexistente— se vende alcohol hasta altas horas de la noche, el comercio de esta droga a menores de edad es ilegal, pero muy difundido, etc. Respecto a las normas administrativas, éstas aparecen como defectuosas, incorporándose sólo muy recientemente un proyecto relativo al puntaje de las licencias de conducir, lo que, probablemente, contribuiría de modo notable la disminución de accidentes del tránsito¹¹⁸.

Respecto de las otras dos preguntas planteadas, no podemos dejar de responder afirmativamente. No hay duda de que la seguridad del tráfico es un bien jurídico relevante, no en sí mismo, sino para bienes de titularidad individual, verdadero objeto de protección del Derecho penal. En tal

alcohol y que de éstos, unas 150 mil personas consumen bebidas alcohólicas todos los días”. Corporación Nacional de Control de Estupefacientes (CONACE), *Informe sobre uso, abuso y dependencia al alcohol* (CONACE, 2003), p. 2.

¹¹⁶ “Es posible que el gran consumo de drogas sea asociado también a la concepción de felicidad que caracteriza la cultura de masa y por muchos autores comprendida como integrante del “estilo postmoderno”. Esta es una felicidad que mira, como un ideal imaginario, la vida vivida con intensidad, que arriesga todo y coloca gran énfasis en los sentimientos personales, una felicidad que busca el goce individual y el hedonismo del presente”: ORTIZ REBOLLEDO, Néstor y SILVA COSTA, María Cristina, *Significados y contradicciones del fenómeno de las drogas: drogas lícitas e ilícitas en Chile*, en *Revista Latino-am Enfermagem*, 13 (2005), www.scielo.br/pdf/rlae/v13nspe/v13nspea19.pdf [visitado el 7 de diciembre de 2009], pp. 903-911 (p. 908).

¹¹⁷ En este sentido, es importante advertir que el consumo de alcohol es, culturalmente, tan aceptado en nuestras comunidades que, incluso la idea de “si vas a conducir no bebas” fracasa prácticamente desde el inicio. “Hay un peso y un valor social histórico en el consumo moderado de bebidas alcohólicas que está fuertemente inserto en nuestra civilización desde hace milenios. Pretender reducirlo a cero a fuerza de sanciones y penas es un objetivo inalcanzable. A nuestro juicio, incluso indeseable, por cuanto la mejor vacuna que se nos ocurre frente al exceso es el aprendizaje social y cultural en la moderación”: BARQUÍN SANZ, Jesús - LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios, *Seguridad en la conducción tras consumo moderado de bebidas alcohólicas*, en *Delincuencia en materia de tráfico*, cit. (n. 100), pp. 439-506 (p. 502).

¹¹⁸ A este respecto sólo desde el año 2003 se encuentra en el Congreso un proyecto de ley sobre licencia por puntos, a la que se suma una segunda iniciativa parlamentaria del año 2009. Es del caso señalar que, ni la más antigua ni la más reciente iniciativa sobre el particular han sobrepasado el segundo trámite constitucional. Véase: Cámara de Diputados, *Boletín* N° 3376-15.

sentido el tráfico viario constituye un riesgo inherente para multiplicidad de bienes, mas, constituye una función irremplazable en nuestras sociedades; así, su tutela resulta indispensable. Ahora bien, en tanto el estado de ebriedad puede aumentar, en términos intolerables, esos riesgos inherentes, su configuración como delito es necesaria, siempre que los intereses individuales se vean efectivamente afectados. Sin embargo, cuando esto no sucede así y las figuras cumplen funciones ajenas al cometido central del Derecho penal, como en el caso de los delitos de peligrosidad abstracta, al percibirse por parte de los operadores jurídicos que estamos ante un ilícito muy cercano a una infracción administrativa, tienden a evadir sus consecuencias punitivas a través del arsenal de mecanismos, penales o procesales, que posee el ordenamiento, generando el natural desconcierto entre la comunidad ante la impunidad de estas conductas. Este efecto indeseable¹¹⁹ puede soslayarse ante la comprobación de la ofensividad en cada caso, reduciendo, quizás, las condenas por este delito, pero asegurándose la debida correspondencia entre conducta y antijuridicidad.

4. *El delito de conducción bajo la influencia del alcohol*

Dice el artículo 196-C: “*El que infringiendo la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115-A, conduzca, opere o desempeñe las funciones bajo la influencia del alcohol, ya sea que no se ocasione daño alguno ni lesiones, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves, será sancionado con multa de una a cinco unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por un mes. [Inciso 2º] Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones menos graves, se impondrá la pena de prisión en su grado mínimo o multa de cuatro a diez unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir de dos a cuatro meses. [Inciso 3º] Si se causaren lesiones graves, la pena asignada será aquella señalada en el artículo 490, Nº 2, del Código Penal y la suspensión de la licencia de conducir de cuatro a ocho meses. [Inciso 4º] Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397, Nº 1, del Código Penal o la muerte, se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo, multa de ocho a quince unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia para conducir por el plazo que determine el juez, el que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticuatro meses. [Inciso 5º] Los jueces podrán*

¹¹⁹ “Una norma que no se cumple desalienta a los que la respetan y estimula con la esperanza de la impunidad a los que experimentan la tentación de desafiarlo. La eficacia del derecho penal está condicionada por la *certeza* de que sus medidas de reacción operan realmente cuando sus prohibiciones o mandatos son infringidos, y esta seguridad es inversamente proporcional a la frondosidad de las incriminaciones”: CURY, cit. (n. 1), p. 48.

siempre, aunque no medie condena por concurrir alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal, decretar la inhabilidad temporal o perpetua para conducir vehículos motorizados, si las condiciones psíquicas y morales del autor lo aconsejan. [Inciso 6º] En caso de reincidencia el infractor sufrirá, además de la pena que le corresponda, la suspensión de la licencia para conducir por el tiempo que estime el juez, el que no podrá ser inferior a veinticuatro ni superior a cuarenta y ocho meses”.

Hasta la publicación de la Ley N° 20.068, de 10 diciembre de 2005, podía afirmarse, con razón, que la conducción bajo “la influencia del alcohol” era una falta administrativa, una contravención¹²⁰; sin embargo, la mentada ley modificó dicha situación, pues, en primer lugar, el título 17º de la *Ley del tránsito* se rubrica: “*De los delitos, cuasidelitos y de la conducción bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas*”; y el párrafo donde se encuentra el artículo 196-C se titula, justamente: “*De los delitos y cuasidelitos*”; luego, porque ocupa una redacción marcadamente similar a la que realiza el artículo 196-E (“*El que infringiendo [...]*”); no se encuentra dentro del párrafo relativo a las “*infracciones y contravenciones*” (artículos 197 y siguientes); en tercer lugar, porque el artículo 196-F remite el procedimiento y fallo a los procedimientos contemplados en el *Código Procesal Penal*; y, por último, como si lo anterior no bastase, porque, en los hechos, los tribunales¹²¹ ya lo están juzgando como delito¹²².

Lo dicho en los apartados anteriores, respecto a su naturaleza de peligro abstracto, vale también aquí. Solo nos detendremos en un aspecto que, a nuestro juicio, es verdaderamente, alarmante.

Como hemos apreciado en la evolución histórica de este ilícito, la

¹²⁰ Véase, por ejemplo: ETCHEBERRY, cit. (n. 1), IV, p. 330.

¹²¹ Véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, rol N° 105 2008, de 25 de septiembre de 2008.

¹²² El único monografista del tema en Chile, Hernán Silva Silva, en una reciente reimpresión de su obra de 2000: “El delito de manejar en estado de ebriedad”, no se refiere con claridad a la reforma de la ley 20.068: no lo hace en la evolución histórica de la figura del manejo en estado de ebriedad (pp. 21 a 28); en el apartado relativo a la “Conducción bajo la influencia del alcohol”, si bien transcribe la norma actualizada no señala que ésta posee la configuración presente debido a la ley 20.068 (p. 119); luego arriba a una conclusión distinta a la de este trabajo: “Como ya se ha dicho y de acuerdo con la legislación vigente, en especial las tantas veces citada Ley N° 18.290, sobre Tránsito, conducir bajo la influencia del alcohol y drogas es una contravención grave, al igual que el MEE” (p. 121). Esta última afirmación no se entiende, pues el mismo autor afirma que el manejo en estado de ebriedad sea delito. Es de hacer notar que se trata de una edición de 2009. SILVA SILVA, Hernán, *El delito de manejar en estado de ebriedad* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

conducción bajo la influencia del alcohol fue considerada como contravención administrativa grave hasta la sanción de la Ley N° 20.068. Ello obedecía a buenas razones, pues si ya se estaba castigando como ilícito penal la mera conducción en estado de ebriedad, sin causar daños o lesiones, verificándose entonces un delito de peligro abstracto, tipificar un estado de “menor peligrosidad” –se entiende que la influencia del alcohol es un estadio anterior y menos riesgoso para la conducción que la ebriedad– constituiría una muy seria afrenta al principio de ofensividad considerarlo también delito. Ello, porque si el magisterio punitivo se sirve de una figura –al menos desde la tradicional postura de la doctrina– en que la ofensa puede bien no existir en los hechos, pues el peligro es sólo “el motivo del legislador”, debe entonces hacerlo sólo para situaciones en que dichos estados constituyan, al menos abstractamente, serios riesgos para la seguridad del tráfico, dejando los restantes de menor entidad a la Justicia administrativa. Con ello, el postulado de *ultima ratio* se da por satisfecho, distribuyéndose racionalmente el cúmulo de sanciones con las que cuenta el Estado para el castigo de las conductas antijurídicas.

Actualmente, en cambio, la tipificación de dos figuras delictivas con un contenido de injusto casi idéntico y con serias dificultades para determinar en casos concretos la distinción entre uno y otro, genera una situación que fácilmente puede desembocar en la pérdida del perfil propio del Derecho penal, cayendo en la administrativización del mismo. Entonces, razonablemente, los individuos tendrán mayores dificultades para deslindar uno y otro campo y, al mismo tiempo, incubará la idea de que la mejor medida para combatir ciertas conductas es siempre la pena, aun cuando no existan investigaciones o resultados concretos que acrediten tal afirmación.

Otro problema lo constituyen las razones para deslindar dos formas de puesta en riesgo penales en el caso del consumo de bebidas alcohólicas y manejo de vehículos. En el caso español sólo se habla de “influencia de bebidas alcohólicas”; según el Real decreto 1428/03 que aprueba el Reglamento General de Conducción, no podrá circularse con tasas de alcohol en sangre superiores a 0,5 gramos por litro o 0,25 miligramos por litro de aire espirado. El *Códice della Strada*, en su artículo 186 considera “en estado de embriaguez”, cuando la tasa alcohólica en sangre supere los 0,5 gramos por litro¹²³; en Francia, la tasa para considerar “embriaguez manifiesta” va desde los 0,8 gramos por litro en sangre y 0,4 miligramos de alcohol en aire espirado¹²⁴; en Alemania, la ley penal no prevé tasas

¹²³ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el Derecho comparado*, en *Indret*, 3 (2007), http://www.indret.com/pdf/448_es.pdf, [visitado el 10 de septiembre de 2009], p. 19.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 20.

de alcohol determinadas para la consideración del estado de embriaguez para la conducción, pero sí la administrativa: la Ley de tráfico vial prohíbe la conducción de vehículos a motor con una tasa igual o superior a 0,5 gramos de alcohol en sangre¹²⁵.

Como podemos notar, las legislaciones sobre el particular son casi unánimes en considerar que la conducción de un vehículo es prohibida desde los 0,5 gramos de alcohol en sangre, no haciendo diferencias entre el estado de ebriedad o influencia del alcohol, castigando toda conducción superior a ese límite. Creemos que esta diferenciación es justificable respecto de las sanciones administrativas, debiendo en cambio *de lege ferenda* unificarse un solo criterio sobre el particular en materia penal¹²⁶.

[Recibido el 30 de marzo y aprobado el 15 de abril de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002) en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf.
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto* (Granada, Comares, 2000).

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 22.

¹²⁶ Desde al año 2003 hasta el año 2005, por Decreto N° 443, de 12 de junio de 2003, del Ministerio de Justicia, una Comisión conformada por profesores y estudiosos de nuestra disciplina, se abocó a la misión de dar forma a un “Anteproyecto de nuevo Código penal” que reemplazara al actual. Si bien, no se han dado aún los pasos para su aprobación legislativa, vale la pena hacer referencia a él, toda vez que cristaliza ciertos acuerdos en doctrina acerca de varias materias, incluidas los delitos de conducción bajo la ingesta de bebidas alcohólicas. Éstos se encuentran en el Título IX del Libro II de dicho Anteproyecto, que se titula “Delitos de peligro común”. El párrafo octavo, denominado “Delitos relativos a la seguridad de los medios de transporte” establece en el artículo 215: “*todo maquinista, conductor, capitán, patrón, piloto, comandante o encargado de hecho de la conducción, operación, gobierno o vuelo de un medio de transporte que se desempeñe en estado de ebriedad o de tal manera bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas que su estado sea equivalente al del ebrio, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones del artículo 85*”. De su lectura, podemos concluir que se mantiene la estructura de delito de peligro abstracto, asimilando, nuevamente, la producción de un peligro con la de resultados lesivos. Cfr. Comisión Foro Penal, “Anteproyecto de nuevo Código penal”, en *Política Criminal*, 1, D1, p. 1-92 [visitado el 8 de diciembre de 2009].

- ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la Seguridad en el trabajo* (Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981).
- BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo* (Buenos Aires, BdF, 2007).
- BARBERO SANTOS, Marino, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 26 (1973) 3.
- BARQUÍN SANZ, Jesús - LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios, *Seguridad en la conducción tras consumo moderado de bebidas alcohólicas*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (CB), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales* (Madrid, Dykinson, 2008).
- BUSTOS Juan - POLITOFF, Sergio, *Los delitos de peligro*, en *Revista de Ciencias Penales*, 27 (1969) 1.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergio, *Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el Derecho comparado*, en *Indret*, 3 (2007) [http://www.indret.com/pdf/448_es.pdf].
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, en *Ius et Praxis*, 1 (2008).
- CARNEVALI, Raúl - FUENTES, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, en *Política Criminal*, 6 (2008), D1 [http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf].
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*, en *Revista Chilena de Derecho*, 27 (2000).
- CEREZO MIR, José *Obras completas* (Lima, Editorial Ara, 2006).
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Ley penal del automóvil* (Barcelona, Bosch, 1950).
- CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general* (7ª edición ampliada, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2005).
- DÍAZ PALOS, Fernando, voz *Delitos relativos al uso y circulación de vehículos a motor*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (dirigida por Carlos E. Mascareñas, preparado por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1985), VI.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005) 1 [<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, p. 01:03].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en Luis ARROYO ZAPATERO, Luis - NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, en *Indret*, 2 (2009) [http://www.indret.com/pdf/627_es.pdf].
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale* (4ª edizione Bologna, Zanichelli, 2001).
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Imputabilidad penal* (Buenos Aires, Ediar, 1981).
- FUENTES OSORIO, Juan, *Formas de anticipación de la tutela penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 (2006) 8 [<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>].
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho penal: Introducción* (Madrid, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 1995).

- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad* (traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999).
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (Traducción y notas del alemán por José Luis Guzmán Dálbora, Buenos Aires, Editorial BdF, 2008).
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Delitos de peligro con verificación de resultado. ¿Concurso de leyes?*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47 (1994) 1.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49 (1996) 2.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Sistémática y límites de los delitos de peligro*, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9-10 (2008) [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>].
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (5ª edición, Buenos Aires, Losada, 1992), III.
- KINDHÄUSER, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, en *InDret*, Barcelona, 1 (2009) [<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>].
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal. Parte especial* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- MALDONADO F., Francisco, *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho penal*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006).
- MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro* (Granada, Editorial Comares, 1997).
- MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general* (7ª edición alemana, traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994).
- MAYER, Max Ernst, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires, Editorial BdeF, 2007).
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Madrid, 1993).
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno* (Santiago, ConoSur, 1998).
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* (6ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2002).
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (2ª edición, Barcelona, Bosch, 1982).
- MIR PUIG, Santiago, *La tentativa inidónea en el nuevo Código penal*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3 (2006) 6 [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html].
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *La conducción de vehículos a motor bajo la influencia del alcohol*, en *Cuadernos de política criminal*, 87 (2005), pp. 65-92.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del Código penal*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (CB), *Delincuencia*

- en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales* (Madrid, Dykinson, 2008), pp. 179-216.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal* (2ª edición, Buenos Aires, BdF, 2007).
- NÁQUIRA R., Jaime - IZQUIERDO S., Cristóbal - VIAL R., Paula - VIDAL M., Víctor, *Principios y penas en el Derecho penal chileno*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10 (2008) [<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>].
- NÁQUIRA RIVEROS, Jorge, *Derecho penal. Teoría del delito* (Santiago, McGraw Hill, 2008).
- OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 4 (2002) [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html].
- ORTIZ REBOLLEDO, Néstor y SILVA COSTA, María Cristina, *Significados y contradicciones del fenómeno de las drogas: drogas lícitas e ilícitas en Chile*, en *Revista Latino-am Enfermagem*, 13 (2005) [www.scielo.br/pdf/rlae/v13nspe/v13nspea19.pdf].
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal*, en *Direito e Cidadania*, 6 (1999).
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María, *Derecho penal español. Parte general* (14ª edición, Madrid, Dykinson, 1991).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Madrid, Universidad Complutense, 1994).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, Editorial Cívitas, 1978).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal Parte general* (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2007).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalización en el ámbito previo*, en *Derecho Penal Contemporáneo*, 20 (2007).
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso - SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial* (12ª edición, Madrid, Dykinson, 2007).
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons, 1999).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal* (2ª edición, Madrid, Civitas, 2001).
- SILVA SILVA, Hernán, *El delito de manejar en estado de ebriedad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- TECKE, Alberto, *Medicina legal* (Santiago, Mediterráneo, 1983).
- TERRAGNI, Marco Antonio, *Responsabilidad penal del ebrio* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996).
- TORIO LÓPEZ, Ángel, *Los delitos de peligro hipotético*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34 (1981).

- VAELLO ESQUERDO, Esperanza, *Los delitos contra el medio ambiente*, en *Revista Aranzadi de Derecho Penal*, 7 (2005).
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado* (Pamplona, Aranzadi, 2007)
- VILLALOBOS, Sergio - FIGUEROA, Renzo - MAGGIOLO, Juan C., *Conducción bajo la influencia del alcohol y estado de ebriedad* (Santiago, Editorial ConoSur, 1999).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALIAGA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002).