



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal

**LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PENAL DE NATURALEZA
COLECTIVA Y LOS DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE
TIPIFICACIÓN**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores: Claudia Fernanda Castillo Meza
Macarena Karina Muñoz Toro
Profesor Guía: Vivian Bullemore G.

Santiago, Chile
2016

Santiago, 4 de enero de 2016

Señor
Gonzalo Medina Sch.
Director
Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Presente

Estimado Señor Director:

Informo a usted la memoria presentada por las egresadas de esta Facultad, Claudia Fernanda Castillo Meza y Macarena Karina Muñoz Toro, para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, intitulada "La salud pública como bien jurídico penal de naturaleza colectiva y los delitos de peligro como técnica de tipificación".

El tema elegido por las alumnas aparece como muy interesante, en materias de la mayor importancia, como lo son los bienes jurídicos colectivos y la técnica de tipificación que contempla un adelantamiento de la punición, mediante la creación de delitos de peligro, como contraposición a los delitos de lesión. Asimismo, la forma en que las memoristas han trabajado y desarrollado su tesis, que merece mi mayor felicitación, revela la inquietud de las mismas por los problemas dogmáticos de mayor importancia en el Derecho penal contemporáneo.

En efecto, se trata de una investigación destacable sobre los problemas dogmáticos de los delitos contra la salud pública, utilizada para adentrarse en el estudio de dos problemas de gran importancia para el derecho penal contemporáneo.

Formalmente, la memoria está dividida en una introducción, tres capítulos y las conclusiones.

La introducción, adecuada para el fin que pretende, constituye una muy buena caracterización de la obra y sus objetivos, y conmina al lector a interiorizarse de los temas más complejos que tratan más adelante las memoristas.

El primer capítulo, dedicado a la sociedad del riesgo y la expansión del Derecho penal, se aboca en detalle a los problemas de la ampliación de los ámbitos de la intervención punitiva en la sociedad contemporánea. Constituye una visión panorámica exacta y de sumo interés, que contribuye adecuadamente como preámbulo de los temas que las memoristas tratan más adelante.

El segundo capítulo está dedicado al análisis de la salud pública como bien jurídico colectivo, revisando las distintas teorías que dan sustento a la categoría y que la separan del bien jurídico salud individual. Se trata de un estudio extenso y detallado, con muy buenas conclusiones preliminares.

En cuanto al capítulo tercero, que constituye el cuerpo principal del trabajo que se califica, está dedicado al estudio de la técnica de tipificación de los delitos de peligro. Cabe destacar la acuciosidad y el alto nivel de comprensión alcanzado por las memoristas en las complejas materias que analizan. En especial, es digno de elogio el apartado que detalla la toma de postura que adoptan las mismas, en el que proponen una reordenación sistemática original de las distintas propuestas estudiadas, distinguiendo dos planos de análisis distintos: el prejurídico, como concepto de peligro, y el juicio


normativo de peligro. Esta parte constituye un aporte digno de elogio, que demuestra el profundo nivel de análisis al que han llegado las memoristas.

En cuanto a las conclusiones, constituyen un adecuado reflejo del esfuerzo y la dedicación que se evidencia en el trabajo. Estimamos que las alumnas han respondido adecuadamente las preguntas que encaminaron su investigación, logrando, sobradamente, los objetivos de un trabajo de esta naturaleza.

Estimamos además que la memoria cumple, sobradamente, con las reglas que regulan la forma de las mismas, destacando la utilización de una extensa e interesante bibliografía en su confección.

Finalmente, y aun cuando no concordamos con todos los puntos de vista expuestos por las memoristas, pero que respetamos, estimamos que se trata de una investigación útil e interesante, y que sobrepasa con creces el objeto de la misma, lo que expresaremos como corresponde reglamentariamente en el párrafo que sigue.

En virtud de las consideraciones más arriba expuestas, y por los méritos del trabajo que se informa, que son muchos, vengo en calificar la memoria que han presentado Claudia Fernanda Castillo Meza y Macarena Karina Muñoz Toro para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, intitulada "La salud pública como bien jurídico penal de naturaleza colectiva y los delitos de peligro como técnica de tipificación", como aprobada, con una nota de siete (7,0).



Vivian R. Bullemore G.
Profesor Guía

Santiago, 31 de Marzo 2016

Sr. Gonzalo Medina Sch.
Director Depto. Ciencias Penales
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Presente

Sr. Director:

El presente informe dice relación con la corrección de la Memoria de Prueba de las alumnas **CLAUDIA FERNANDA CASTILLO MEZA** y **MACARENA KARINA MUÑOZ TORO**, cuya investigación se centró en el *“LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PENAL DE NATURALEZA COLECTIVA Y LOS DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN”*.

La presente tesis se orienta en el estudio de la salud pública, en tanto bien jurídico penal de naturaleza colectiva, ligado a las condiciones esenciales de funcionamiento de la moderna sociedad de masas, dividiéndose su análisis en tres capítulos.

En el primero se abarca el fenómeno de la sociedad del riesgo y su vinculación con los nuevos desafíos que implica el moderno derecho penal, especialmente en lo que dice relación a las nociones de bienes jurídicos de carácter colectivo y a la estructura de los delitos de peligro como técnica legislativa de defensa social ante la ampliación de bienes jurídicos emanados de añejas concepciones del derecho penal liberal decimonónico.

En el segundo capítulo y partiendo de un análisis del concepto de bien jurídico, se intenta delimitar a la salud pública como interés digno de tutela penal en consonancia con las tres teorías descritas en el acápite anterior.

En el tercer y último capítulo, se ofrece un panorama general sobre los delitos de peligro como técnicas de tipificación, delimitando los conceptos de peligro y juicio de peligro, para de lleno abocarse al estudio pormenorizado de la tradicional clasificación de delitos de peligro

concreto y abstracto, incluyendo posteriormente la tercera noción de delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial.

Las memoristas a partir de su extenso trabajo logran efectivamente vislumbrar la crisis del Derecho Penal Moderno sobre los conceptos basales del sociólogo Ulrich Beck, describiendo a partir de casos paradigmáticos de delitos contra la salud pública, el paso del sinalagma social de "producir para satisfacer necesidades" por el de "producir necesidades para el consumo". Lo anterior les permitió concluir que los riesgos asociados a la sociedad post industrial y las legítimas necesidades y desafíos de la sociedad de masas, implican a la vez el surgimiento de protección de bienes jurídicos colectivos en una visión autonómica y de los delitos de peligro como técnica legislativa que por antonomasia se utiliza para dicha finalidad. En el caso concreto, la necesidad de una especial protección de la salud pública se fundamentaría principalmente en las nuevas estructuras empresariales cuya organización es difusa y genera contactos anónimos con sus consumidores, quienes a la vez carecen muchas veces de información susceptible de ocasionarles serias afectaciones a su individualidad.

Las memoristas al tomar posición sobre las teorías autónomas de los bienes jurídicos colectivos que se establecen dentro de relaciones sociales concretas y determinadas –sin caer en un riesgo de abstracción-, logran resolver efectivamente ciertas cuestiones problemáticas del bien jurídico salud pública, como por ejemplo, la presencia de un efectivo disvalor de resultado, su clasificación como delitos de lesión, la existencia de una antijuridicidad e injusto propio, las reglas concursales aplicables y el momento consumativo.

En otro orden de ideas, la construcción por niveles de un concepto de peligro válido para el ámbito penal a partir del concepto de peligro general o pre-jurídico, el peligro normativo y peligro típicamente relevante constituye un gran aporte para delimitar el fenómeno expansivo del derecho penal analizado en el primer capítulo, utilizando ciertos principios ordenadores del *ius puniendi*, tales como el de proporcionalidad, fragmentariedad y *ultima ratio*. Posteriormente, los esfuerzos por superar los grandes y graves problemas de utilización de los delitos de peligro abstracto como presunciones *iuris et de iure*, concluyen a juicio de este informante correctamente con la solución de acudir a los denominados delitos de peligro hipotético, abstracto concreto o potencial, estimando que el juez como órgano adjudicador de la norma sea el llamado

imperativamente a corroborar la existencia de una conducta apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido por la norma determinada por el legislador.

Se debe destacar el elevado grado de análisis dogmático -principalmente de literatura alemana, española y chilena- cuya síntesis le permitió a las autoras establecer conclusiones propias sobre la inserción del bien jurídico como variable central en torno al que se debe medir los delitos contra la salud pública en su esfera de delito de peligro a fin de hacer compatible dicha categoría dogmática con las garantías y principios fundamentales en las que descansa el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático de Derecho.

Por lo tanto, de conformidad con la reglamentación vigente, me permito calificar la memoria de las alumnas Srtas. **CLAUDIA FERNANDA CASTILLO MEZA** y **MACARENA KARINA MUÑOZ TORO**, con nota **7,0 (siete)**.

Sin otro particular, le saluda muy atentamente.



Gabriel Zaldívar Schilkrut

Profesor Asistente Derecho Penal
Facultad de Derecho Universidad de Chile

AGRADECIMIENTOS

A nuestros queridos padres, por su incondicional apoyo durante el arduo y extenso proceso que significó la culminación de esta memoria.

No es signo de buena salud el estar bien adaptado a una sociedad profundamente enferma.

Jiddu Krishnamurti

ÍNDICE

INFORMES DE EVALUACIÓN DE TESIS.....	3
RESUMEN.....	15
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO 1. SOCIEDAD DEL RIESGO Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.....	29
1.1. Una aproximación a la sociedad del riesgo.....	29
1.2. Derecho Penal moderno.....	31
1.2.1. La protección de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos.....	32
1.2.2. Flexibilización de las reglas de imputación penal a través de los llamados “delitos de peligro”.....	41
1.3. Críticas a la expansión del Derecho Penal.....	47
1.4. Propuestas de regulación ante los nuevos riesgos.....	56
1.5. Conclusiones preliminares.....	61
CAPÍTULO 2. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PENAL DE NATURALEZA COLECTIVA.....	67
2.1. Excurso. Algunas consideraciones en torno al concepto de delito alimentario nocivo.....	71
2.2. El bien jurídico protegido en Derecho Penal.....	74

2.3. La salud pública como bien jurídico protegido.....	88
2.3.1. Principales teorías respecto a la naturaleza jurídica de la salud pública como bien jurídico colectivo.....	92
2.3.1.1. Bienes jurídicos colectivos como objetos de protección carentes de autonomía.....	93
2.3.1.1.1. La salud pública como interés supeditado a la protección de la salud individual y la vida.....	98
2.3.1.1.2. Consecuencias prácticas de sostener la nula o escasa autonomía de la salud pública respecto de la salud individual.....	101
a. Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro.....	101
b. Solución concursal: concurso aparente de leyes penales.....	102
2.3.1.2. Bienes jurídicos colectivos como complementarios de los individuales.....	105
2.3.1.2.1. La salud pública como bien jurídico complementario de la salud individual y la vida.....	110
2.3.1.2.2. Consecuencias prácticas de sostener el carácter complementario de la salud pública respecto de la salud individual...	113
a. Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro.....	113
b. Solución concursal: concurso ideal de delitos.....	114
2.3.1.3. Los bienes jurídicos colectivos como intereses de naturaleza jurídica autónoma.....	120

2.3.1.3.1. La salud pública como bien jurídico colectivo de carácter autónomo, emancipado de la tutela de la salud individual.....	123
2.3.1.3.2. Consecuencias prácticas de sostener la naturaleza jurídica autónoma de la salud pública.....	128
a. Los delitos contra la salud pública como delitos de lesión.....	128
b. Solución concursal: concurso ideal de delitos.....	130
2.4. Conclusiones preliminares.....	131

CAPÍTULO 3. LOS DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN.....142

3.1. El concepto de peligro.....	146
3.1.1. La teoría subjetiva del peligro.....	148
3.1.2. La teoría objetiva del peligro.....	151
3.1.3. Problemas asociados a la teoría objetiva y subjetiva del peligro.....	153
3.1.4. Teoría normativa de Schünemann.....	156
3.1.5. Toma de postura. Propuesta metodológica para la construcción de un concepto de peligro válido en sede penal.....	158
3.1.6. Peligro y peligrosidad. Cuestiones terminológicas emergentes.....	170
3.2. Juicio de peligro.....	173
3.3. Clasificación de los delitos de peligro.....	192
3.3.1. Delitos de peligro abstracto.....	197

3.3.2. Delitos de peligro concreto.....	209
3.3.3. Delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial.....	214
3.4. Conclusiones preliminares.....	225
CONCLUSIÓN.....	232
BIBLIOGRAFÍA.....	260

RESUMEN

Esta memoria tiene como objeto el estudio de la salud pública en tanto bien jurídico penal de naturaleza colectiva, ligado a las condiciones esenciales de funcionamiento de la moderna sociedad de masas. Para comprender el contexto histórico-sociológico que explica el auge en la protección de estos intereses, comenzaremos analizando la sociedad del riesgo y el moderno Derecho Penal.

El punto neurálgico de este análisis radicará en determinar si la salud pública se erige como un bien jurídico de carácter autónomo, o si por el contrario, constituye uno dependiente de la salud individual. En aras de dilucidar esta problemática, examinaremos en extenso las diversas teorías elaboradas en el seno de la doctrina respecto a las relaciones que vinculan a bienes jurídicos de carácter macro y micro social, y en particular a la salud pública con la salud individual. La decisión que se tome en relación a este punto, proporcionará respuestas a importantes cuestiones dogmáticas en la teoría del delito, entre ellas, la legitimidad de una protección autónoma de los bienes jurídicos colectivos, la formulación de las modalidades delictivas diseñadas para su tutela

–como delitos de peligro o de lesión–, la existencia de una antijuridicidad e injusto propio, la presencia de un efectivo disvalor de resultado, etc.

Luego de fijados estos presupuestos, nos abocaremos al estudio de los delitos de peligro como herramienta de la cual se sirve el legislador para tutelar esta clase de bienes, analizando en profundidad las diferentes estructuras delictivas a las que da lugar el peligro.

INTRODUCCIÓN

La importancia del estudio de la salud pública, en tanto bien jurídico de naturaleza colectiva ligado a las condiciones básicas de funcionamiento y existencia de la sociedad actual, tiene su origen en la configuración y estructura de la civilización post moderna, caracterizada hoy más que nunca por la proliferación generalizada de peligros, que se presentan como consecuencias secundarias del acelerado y generoso avance tecnológico e industrial.

El extraordinario desarrollo experimentado por la ciencia, la tecnología y la economía a partir de la segunda mitad del siglo XX, han propiciado la transformación de la sociedad occidental a escala planetaria, generando mejoras en las condiciones de vida de parte importante de la humanidad¹. Sin embargo, esta no es la única consecuencia que la revolución tecnológica ha generado. “El proceso de modernización de la sociedad capitalista industrial ha ido acompañado de un significativo incremento de ‘riesgos o peligros’ consustanciales al propio desarrollo tecno-económico y al proceso de

¹ DELGADO DÍAZ, Carlos J. 2005. Efectos del desarrollo científico-técnico: sensibilidad pública, conocimiento y riesgo. En: VALDÉS MENOCA, Célida. Ecología y sociedad. Selección de lecturas. La Habana, Editorial Félix Varela. pp.sp.

producción de bienes y servicios”². En palabras de Beck, “en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos”³.

Entre los peligros propios de la sociedad actual, destacan aquellos derivados de la fabricación, distribución y comercialización de productos. La propagación de daños ligada al proceso productivo constituye un fenómeno clásico de la sociedad capitalista⁴, que afecta a una amplia gama de bienes jurídicos (medio ambiente, económicos, laborales, salud pública, etc.)⁵, los cuales exhiben como rasgo distintivo presentar una naturaleza jurídica colectiva o supraindividual.

La fuerte influencia que presenta actualmente la producción y consumo de los más diversos bienes y servicios constituye un fenómeno que desborda por mucho el ámbito puramente económico-mercantil, erigiéndose como un

² CLIMENT SANJUAN, Víctor. 2006. Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad. [en línea] Revista de Sociología. 2006, Nº 82, 2006. <<http://papers.uab.cat/article/view/v82-climent/pdf-es>> [consulta: 10 de enero de 2014].

³ BECK, Ulrich.1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona. Editorial Paidós. p.25.

⁴ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M Bosch Editor. p.30.

⁵ En palabras de Gracia Martín, “[h]oy, el ejercicio de una actividad empresarial constituye la fuente principal del dominio material sobre todo tipo de bienes jurídicos involucrados en la actividad económica, esto es, no sólo sobre los específicamente económicos –v. gr., la libre competencia– y medioambientales, sino también sobre otros de distinta naturaleza que aparecen con frecuencia igualmente involucrados de un modo típico en la práctica de una actividad económica-empresarial, como sucede por ejemplo con la vida y la salud de los consumidores en el caso de la comercialización de productos peligrosos, o con las de los trabajadores que realizan su actividad laboral para una empresa”. GRACIA MARTÍN, Luis. 2003. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. p.84.

elemento determinante en la configuración de la identidad social del mundo postmoderno, que se proyecta de forma hegemónica y omnipresente en las relaciones macro y micro sociales que se establecen en la actualidad.

Específicamente en el caso de las conductas relativas a la fabricación, distribución y comercialización de bienes de consumo masivo, los intereses jurídicos que se verán afectados por la introducción al mercado de productos con algún grado de nocividad serán, principalmente, la salud pública, la salud individual, la vida e integridad física de una colectividad indeterminada de sujetos (el mercado), de ahí que los costos sociales derivados de los ilícitos perpetrados en este ámbito sean muy elevados⁶.

La sofisticación de los modernos procesos productivos basados en la fabricación de bienes de consumo en serie de forma masiva y estandarizada, suponen que el ciudadano no intervenga en las parcelas de selección de los bienes que consume⁷, lo cual determina que, desde el punto de vista causal, se encuentre extremadamente distante de las fuentes de producción, lo que explica sobradamente el nivel de desconocimiento –francamente cercano a la ignorancia– respecto de la forma en que han sido elaborados los productos que

⁶ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo. [en línea] Estudios Penales y Criminológicos. 2010, Vol. 30. <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4163/1/pg_395-446_penales30.pdf> [consulta: 17 de febrero de 2014]. p.422

⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del Delito Alimentario Nocivo. Barcelona, Editorial Praxis S.A. p.18.

habitualmente utiliza. “Si bien de un lado se libera al individuo de una serie de servidumbres (consecución o preparación por sí mismo de bienes indispensables para su adecuada subsistencia, tales como alimentos, medicamentos, vestuario, etc.), por otro, se le somete a un encadenamiento más sutil, por cuanto depende del sistema de producción”⁸ industrial, para la satisfacción de la gran mayoría de sus necesidades.

Es a raíz de lo anterior que, en las sociedades desarrolladas se observan crecientes niveles de desconfianza ante la comercialización de productos que incorporan en su fabricación nuevas tecnologías, cuyas consecuencias a mediano y largo plazo son desconocidas incluso para los científicos que la desarrollan y que, de todos modos, en gran la gran mayoría de los casos, sus efectos nocivos se manifestarán años después de su utilización o consumo⁹. “El ciudadano anónimo se dice: ‘nos están matando’, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién, ni cómo, ni a qué ritmo”¹⁰.

Dicha desconfianza, ciertamente, no es infundada, pues el proceso de producción y consumo supone una fuente inagotable de riesgos para bienes jurídicos esenciales, tales como la salud pública, la salud individual, e incluso la

⁸ *Ibid.*

⁹ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. p.27.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid, Civitas. p.29.

vida, los cuales se encuentran constantemente sometidos al peligro de ser lesionados. Los conocidos casos Colza, Contergan, Leder Spray y ADN Nutricomp, constituyen ejemplos suficientemente representativos de los riesgos a los que se ve expuesta la salud pública ante la fabricación y comercialización de productos con algún grado de nocividad, advirtiéndose la necesidad que el desarrollo de la actividad tecnológica e industrial no debe ser dejado exclusivamente en manos de quienes la promueven, haciéndose imprescindible la intervención activa del Estado para su control¹¹.

Así, “la noción de acudir al Derecho Penal para contrarrestar estos nuevos riesgos que amenazan de forma inusitada a la población, se basa en el entendimiento que el progreso científico y tecnológico, el afianzamiento de los medios de comunicación y la integración de los mercados, dan origen a nuevas formas de criminalidad, cada vez más sofisticadas y ‘ajustadas’ a estos nuevos tiempos”¹². De este modo, surge una delincuencia que ya no encuentra su origen en los sectores marginales, sino que por el contrario, se desarrolla bajo el alero del poder económico y político, que hace uso de la tecnología, de los conocimientos científicos y de las modernas formas de organización¹³. “Es

¹¹ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.24.

¹² VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf> [consulta: 20 de octubre 2013]. p.4.

¹³ *Ibíd.*

lógico que en una sociedad distinta surjan nuevas formas de criminalidad, porque el crimen va unido al hombre y todos los medios que sirven y son útiles para su desarrollo, también se pueden utilizar de modo contrario a los intereses generales”¹⁴.

Lo descrito en las líneas precedentes, da lugar en al ámbito jurídico-punitivo al llamado “Derecho Penal moderno” o “expansión del Derecho Penal”; es decir, aquel fenómeno por el cual este último amplía su *ratio* de acción para intervenir en nuevos ámbitos generadores de importante lesividad social y que, hasta ahora, no habían estado sometidos a la regulación del *ius puniendi*, presentando como características distintivas, la protección de bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro como técnica de tipificación.

En efecto, la relevancia que presentan los bienes jurídicos colectivos ha experimentado una eclosión en las últimas décadas, asentándose en las modernas sociedades la certeza de que la protección penal de estos intereses es –en algunos casos– indispensable para salvaguardar la estabilidad del sistema en su conjunto. Así, en nuestro país, la proliferación de casos altamente mediáticos como la colusión de la industria avícola, de las farmacias, el caso ADN Contergan, y en este momento la colusión de las papeleras, han generado en la ciudadanía la convicción de que la intervención punitiva no ha

¹⁴ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.24.

de restringirse exclusivamente a la criminalidad de origen marginal, ni a los delitos de orden estrictamente personal, sino que existen ámbitos de naturaleza macrosocial, en que los ilícitos ya no responden un esquema explicable a través de una relación individualizable entre autor y víctima, y que por tanto, reclaman como mecanismo indispensable de control la tutela del *ius puniendi*, en tanto son altamente lesivos en sus consecuencias, afectando a la sociedad en su conjunto.

En este sentido, señala el célebre tratadista Claus Roxin: “[n]o es admisible desde un punto de vista político social que el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, de los daños al medio ambiente, del uso de la energía nuclear, de las instalaciones industriales, de la tecnología de la genética o de la moderna información tecnológica. Tampoco debe negarse al Derecho Penal la colaboración en la tarea, especialmente subrayada por Stratenwerth, de asegurar las condiciones de existencia de las generaciones futuras. Un Estado que confiase primordialmente estas cuestiones existenciales a los mecanismos

de autorregulación social o a las regulaciones no penales, perdería su autoridad frente a los ciudadanos”¹⁵.

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la salud pública como bien jurídico de naturaleza colectiva, y en el estudio de los delitos de peligro como figuras legislativas que responden a la necesidad de brindar una tutela efectiva a intereses de carácter macro social.

Tal como tendremos ocasión de ver a lo largo de esta obra, el estudio de la salud pública constituye un objeto de análisis especialmente desafiante, pues las recíprocas implicancias existentes entre “salud individual” y “salud pública”, determinan que esta última se configure como un interés de límites especialmente difusos, lo cual introduce aún mayores dificultades a la hora de intentar perfilar nítidamente el ámbito de protección propio y específico que presenta este bien jurídico penal¹⁶. De este modo, uno de los aspectos centrales en torno a los que gravitarán las reflexiones esbozadas en esta memoria, será el de dilucidar el grado de autonomía que posee la salud pública en relación a la salud individual.

¹⁵ ROXIN, Claus. 2003. Consideraciones finales. En: ARROYO L., NEUMANN U. y NIETO A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. España, Ediciones Universidad de la Castilla - La Mancha. p. 329

¹⁶ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales. Pamplona, Editorial Aranzadi. p. 167.

Posteriormente, nos abocaremos al estudio de los delitos de peligro, figuras ampliamente controvertidas en doctrina, cuya masiva introducción en los modernos códigos punitivos ha generado un verdadero sisma en la dogmática penal, tornándose imprescindible para un adecuado entendimiento de la problemática que actualmente conceden estos tipos penales, enfocar su análisis en las variables fundamentales en torno a las cuales se estructura esta modalidad delictiva: el bien jurídico y el peligro.

A fin de la consecución de los objetivos planteados, estructuraremos nuestra memoria en tres capítulos, más una sección final de conclusiones.

En el primero de ellos, abordaremos el estudio del Derecho Penal moderno, en tanto fenómeno jurídico caracterizado por la ampliación del ámbito de la intervención punitiva a nuevas modalidades delictivas, que surgen como consecuencia de la complejidad de las modernas sociedades, donde los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado la sociedad occidental post moderna convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Para ello tomaremos como punto de partida el concepto “sociedad de riesgo”, desarrollado por el sociólogo alemán Ulrich Beck, para la luego introducirnos en el análisis de las características que identifican la expansión del *ius puniendi*, y las principales críticas que ha propiciado dicho fenómeno punitivo en la doctrina tradicional.

En el segundo capítulo, nos abocaremos al análisis de la salud pública en tanto bien jurídico de naturaleza colectiva, abordando previamente el estudio del bien jurídico penal a partir de la teoría crítica del bien jurídico elaborada por Bustos Ramírez y Hormázabal Malarée. Tal como ya adelantamos, para afrontar el estudio de este bien jurídico de contornos imprecisos, centraremos nuestra atención en la exposición de las distintas teorías que han intentado desentrañar la relación que mantiene la salud pública con la salud individual, sistematizando el sinnúmero de opiniones vertidas por la doctrina en tres grandes categorías: aquellas opiniones que no le conceden autonomía respecto de la salud individual, aquellas que le atribuyen una naturaleza complementaria de la misma, y aquellas que estiman que la salud pública constituye un bien jurídico autónomo, con un *ratio* de protección propio y específico, sustancialmente diferenciado de la salud individual.

En el tercer capítulo, nos centraremos en el análisis pormenorizado de los delitos de peligro. Para ello, comenzaremos examinando el concepto de “peligro”, en la medida que se trata de uno de los elementos centrales (junto al bien jurídico) que nos permitirá entender la estructura dogmática de estos ilícitos y la forma en que son utilizadas en los modernos códigos punitivos las distintas

técnicas de tipificación a las que da lugar¹⁷. Sin embargo, tal como tendremos ocasión de ver, la imprecisión de la que adolece el término “peligro” tiende a oscurecer un tema en sí mismo complejo, generando disparidad de criterios y significados, y por tanto insalvables confusiones prácticas que dejan en entredicho la legitimidad de esta técnica de tutela. Así, tomando como premisa que la clave para entender unidades complejas reside en su organización, es que plantearemos una propuesta teórico-sistemática que aspira a facilitar el estudio del peligro en sede penal, tomando como eje central al bien jurídico y la relación que lo vincula con el principio de lesividad. “Si el bien jurídico constituye el término de referencia del concepto de peligro y éste se utiliza para legitimar o rechazar desde el bien jurídico la oportunidad de la tutela, también nos proporcionará las claves necesarias para analizar las implicancias del principio de ofensividad, punto nuclear, como es lógico, que preside la discusión dogmática sobre la legitimidad de esta técnica de tipificación”¹⁸.

Luego, analizaremos en extenso el juicio de peligro y las distintas clasificaciones a las que da lugar esta técnica de tutela: los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro hipotético, abstracto-concreto o potencial.

¹⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid. p. 49.

¹⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p. 8.

Finalmente, en la sección de conclusiones, repasaremos los principales tópicos abordados a lo largo de este trabajo, tomando postura respecto al grado de autonomía que presenta la salud pública a la luz de las herramientas dogmáticas que nos dispensa la teoría crítica del bien jurídico, pronunciándonos respecto a la legitimidad de los delitos de peligro como técnica de tutela.

CAPÍTULO 1

SOCIEDAD DEL RIESGO Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

1.1. Una aproximación a la sociedad del riesgo

A partir del vertiginoso desarrollo de la industria y los avances científicos que se han venido concretando desde la segunda mitad del siglo XX, se ha gestado un nuevo modelo social al cual Beck ha denominado “modernidad”¹⁹, resaltando dentro sus características, la aparición de una sociedad altamente industrializada, capitalista y de consumo, donde la fabricación, comercialización e intercambio de bienes y servicios se pone en el centro del tráfico jurídico. “En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad”²⁰.

En la sociedad post-industrial en que vivimos, donde nuestro rol de consumidores parece definirnos y gozamos de las comodidades y beneficios que nos entrega el desarrollo de la industria, no podemos olvidar las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción.

¹⁹ BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo... *Op.Cit.* pp.15 y ss.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op.Cit.* p.27.

“Como bien pone de manifiesto Beck, en las sociedades modernas avanzadas se produce una coexistencia problemática entre dos modernidades: la de expansión de opciones y la expansión de riesgos”²¹.

Este fenómeno denominado como “sociedad de riesgos”²², está caracterizado por el origen de nuevos peligros, los cuales serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas. “Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas, individuales o colectivas”²³, debiendo intensificarse de manera notable los deberes de cuidado por parte del Estado.

Por consiguiente, se ha generado “una mayor preocupación de la sociedad en proteger ámbitos que tradicionalmente eran ajenos a la esfera del Derecho Penal, lo cual produce una expansión y ensanchamiento del mismo a fin de

²¹ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.30.

²² BECK, Ulrich. 2002. *La sociedad del riesgo global*. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores. p.5. Sobre este punto, precisa que “riesgo”, es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada.

²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*. 4 de enero, 2005. Núm. 07-01. <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 17 de octubre 2013]. p.3.

controlar la sensación de inseguridad y enfrentar estos nuevos riesgos [...]”²⁴.

1.2. Derecho Penal moderno

Ante esta realidad, el Derecho Penal se enfrenta a nuevos desafíos, donde la demanda social de protección frente a esta peligrosidad civilizada constituye una realidad imposible de ignorar por el legislador, generándose una expectativa normativa que reclama una intervención del Estado y del Derecho.

Esta expectativa de normativización y punición ante los peligros *sui generis* que trae consigo la modernidad, es el punto de partida del denominado “Derecho Penal moderno” o “expansión del Derecho Penal”²⁵, que se caracteriza por “la creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía”²⁶.

Este moderno Derecho Penal, en aras de otorgar respuestas a las nacientes problemáticas que surgen de la sociedad del riesgo, se expande para regular

²⁴ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. Sociedad de riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético. [en línea] Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). 21 de agosto, 2009.

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20091005_02.pdf> [consulta: 19 de octubre 2013]. p.2.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. Cit.* p.20.

²⁶ *Ibíd.*

áreas que le eran ajenas, presentando como rasgos fundamentales: la protección de nuevos bienes jurídicos –denominados supraindividuales o colectivos–, la introducción de los delitos de peligro como técnica de tipificación, y el adelantamiento de la barrera punitiva a estadios previos a la lesión del bien jurídico penal²⁷.

1.2.1. La protección de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos

Como consecuencia de la complejidad de los nuevos tipos de delincuencia que se generan a partir de la modernidad, los bienes jurídicos tradicionales, como están concebidos, se tornen obsoletos. Frente a ello, el legislador ha optado por dar protección jurídico-penal a los llamados bienes colectivos o supraindividuales que tienden a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, y están estrechamente vinculados a la participación de todos los miembros de la comunidad en el proceso económico-social²⁸.

Los daños propios de la sociedad de riesgo afectan a toda la colectividad: son situaciones globales y masificadas que se presentan en ámbitos generales como en la fabricación de bienes de consumo, la salud pública, el medio

²⁷ No obstante lo anterior, la doctrina también considera dentro de estas características, el creciente uso de figuras como la ley penal en blanco, tipos abiertos, comisión por omisión, delitos imprudentes, etc. Sin embargo, a efectos de este estudio, nos centraremos en las señaladas en el párrafo principal. BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.2.

²⁸ *Ibíd.*

ambiente, el mercado o los medios informáticos; por ello en principio, no afectan bienes jurídicos individuales sino solamente colectivos²⁹.

Estos bienes han sido definidos como “entidades nuevas de protección del Derecho Penal cuya afectación implica a la colectividad y que se hayan referidas al funcionamiento del sistema, esto es, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir, para que justamente puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones del mismo; las relaciones microsociales, los llamados bienes jurídicos individuales”³⁰. Más precisamente, puede predicarse el carácter colectivo de un bien jurídico “cuando éste sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a cada individuo”³¹.

Dicho esto, encontramos dentro de sus rasgos más característicos su titularidad compartida (es decir, “no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que sí está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales”³²), indisponibilidad, indivisibilidad y su naturaleza

²⁹ CASTRO C., Carlos, HENAO C., Luis, BALMACEDA H., Gustavo. 2009. Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez. p.108.

³⁰ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.49; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema penal. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU). p.199.

³¹ HEFENDEHL, Roland. 2002. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 2002. Núm. 04-14 <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf> [consulta: 17 de octubre 2013]. p.4.

³² BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.5.

conflictual³³.

La diferencia respecto a los bienes jurídicos tradicionales de corte individual, consiste en que éstos se refieren “del uno con el otro” (vida, integridad física, etc.), en tanto que los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades “de todos y cada uno de los miembros del colectivo o de un grupo de la sociedad” (es decir, cualquier miembro del sistema social puede ser usuario, consumidor, trabajador, etc.)³⁴.

Para proteger tales intereses, el Estado debe asumir un rol protagónico. La necesidad de una especial tutela de estos intereses se debe a una serie de variables que –por ejemplo, en el caso de la responsabilidad penal por el producto– se asocian a la complejidad de las nuevas formas extendidas a nivel mundial en los modos de producción industrial, distribución y comercialización de bienes y servicios, caracterizados, como es sabido, por incorporar avances científicos que “han introducido nuevos riesgos y la invención de fenomenologías defraudatorias desconocidas que, como se ha demostrado históricamente, han contribuido a debilitar aún más la posición del consumidor actual, al no disponer de suficientes conocimientos técnicos y al tener enormes dificultades para controlar y detectar el deterioro o el carácter defectuoso de un

³³ NAVARRO SOTO, Susana. 2003. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada, Editorial Comares. pp.194-218.

³⁴ CASTRO C., Carlos, HENAO C., Luis, BALMACEDA H., Gustavo. 2009. *Op. Cit.* p.110.

producto y, simultáneamente, han desembocado en una amplia desprotección del derecho a la salud pública frente a formas de ataque cada vez más numerosas³⁵.

Los bienes jurídicos colectivos revisten la categoría de “esenciales”, en cuanto están ligados a las necesidades básicas de los individuos³⁶. En efecto, de nada sirve proteger la integridad física o la vida, si se permite una actividad industrial irrestricta, que ponga en peligro la salud pública de toda la comunidad. A modo de ejemplo, podemos citar los casos Colza o ADN Nutricomp, en los cuales la adulteración de productos alimenticios destinados al consumo público, no sólo causó un daño irreversible en la salud de parte importante de la colectividad, sino que también cobró la vida de aproximadamente 700 personas en el primer caso, lesionándose además la expectativa de seguridad en el consumo de productos alimenticios de la ciudadanía.

Mucho se ha discutido en doctrina respecto a si los bienes jurídicos colectivos tienen o no una naturaleza autónoma, existiendo distintas posturas dogmáticas las cuales se podrían sistematizar en dos grandes grupos: aquellos que no le conceden una naturaleza autónoma, y aquellos que si lo hacen.

³⁵ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. La tutela penal de los consumidores en torno a los delitos de fraude alimentario nocivo. En: I CONGRESO Europeo de Consumidores. Segovia, España, UCA: Asociaciones no federadas representadas por La Rioja, Parquesol (Valladolid) (Alconadilla-Segovia). pp. s.p.

³⁶ *Ibíd.*

Dentro de esta última postura, podemos distinguir aquellos que señalan que, si bien su naturaleza es autónoma –en cuanto tiene una titularidad colectiva y un carácter indivisible–, son complementarios de los bienes individuales, es decir, se conciben al servicio de estos últimos; y por otro lado, aquellos que entienden que su autonomía implica que poseen un *ratio* de protección propio, por lo que no son reconducibles a la tutela de un conjunto de intereses personales.

En una primera línea argumentativa, Terradillos Basoco y Hassemer, entre otros, se oponen al carácter autónomo de los bienes jurídicos supraindividuales, ya que no sería posible concebirlos sino en relación a un bien jurídico individual³⁷, siendo meros derivados, directamente reconducibles a intereses microsociales (por ejemplo, en el caso de la salud pública, esta no sería más que la suma de la salud de los individuos que integran un grupo social). Se ha señalado que estos bienes son meras abstracciones, entes ideales, carentes de materialidad³⁸, siendo “imposible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad

³⁷ Caro Coria precisa los dichos de estos autores, señalando que “todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal”. CARO CORIA, Dino. 2006. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. [en línea] <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Bjc-concurso.pdf>> [consulta: 25 octubre de 2013]. p.5.

³⁸ NAVARRO SOTO, Susana. 2003. *Op. Cit.* p.277.

de éstos últimos”³⁹.

Por su parte, Hassemer no rechaza formalmente la existencia de bienes jurídicos colectivos, sino que los acepta siempre y cuando éstos brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre⁴⁰; es decir, los funcionaliza a partir del individuo. Desde esta perspectiva, “[l]os bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses –conciliados– del individuo. El fundamento de esta tradición es una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre”⁴¹.

En una segunda corriente dogmática, están aquellos que sostienen que los bienes jurídicos colectivos tendrían una naturaleza autónoma, excediendo a intereses puramente particulares, no perteneciendo su titularidad a una sola persona, sino que a la colectividad toda. Sin embargo –y como ya adelantamos–, es posible distinguir entre quienes sostienen una visión autónoma del bien jurídico colectivo, dos subcategorías.

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan M. 1995. Derecho Penal de la empresa. Madrid, Editorial Trotta. p. 50. Citado en: CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.5.

⁴⁰ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.5.

⁴¹ HASSEMER, Winfried. 1989. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales.* Año 12 (46/47): 281 y 282 y CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.5.

La primera de ellas –apoyada por la doctrina mayoritaria– ha entendido que si bien, estos presentan un carácter autónomo, serían complementarios de los bienes jurídicos individuales⁴², ya que “inciden en el funcionamiento del sistema, y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva”⁴³.

Siguiendo esta línea argumentativa, el carácter autónomo de los bienes jurídicos colectivos, adquiere importancia al vincularse con su finalidad preventiva, en cuanto implicarían un adelantamiento de la barrera punitiva. Al respecto, se ha señalado que: “al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse sólo las conductas que vulneran por ejemplo, la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el Derecho Penal es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo, al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso

⁴² CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.7.

⁴³ *Ibíd.*

la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho”⁴⁴.

En una segunda categoría, están aquellos que entienden que los bienes jurídicos colectivos tienen un *ratio* de protección propio –que no se limita a la evitación de riesgos o lesiones para determinados bienes individuales–, sino que “sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto partícipe de esa sociedad y a través de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles”⁴⁵. Al respecto, se enfatiza que “en esta sede, cuando se habla de ‘seguridad’ y ‘confianza’, como bienes jurídico-penales [...], no es en relación con la libre disposición de determinados bienes individuales, sino que esa exigencia de seguridad y confianza radica en que no se sobrepase el riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o, la seguridad y confianza en el buen funcionamiento de las instituciones como medio para que la persona se pueda desarrollar libremente en la vida social, es decir, como un bien jurídico-penal en sí mismo”⁴⁶.

⁴⁴ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.6.

⁴⁵ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.208.

⁴⁶ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.219.

De este modo, cuestionan el carácter instrumental que se les asigna, al caracterizarlos como complementarios respecto de intereses particulares –reduciendo únicamente su función a finalidades preventivas como adelantamiento de la barrera punitiva–, pues esto implicaría concebirlos como meras abstracciones, con nula o muy limitada autonomía, lo que adquiere relevancia al analizar los delitos de peligro como técnica de tipificación propia de estos bienes.

Para entender de mejor forma ambas posturas, analizaremos someramente el bien jurídico salud pública, en torno a ambos puntos de vista.

Por un lado, aquellos que consideran a los bienes jurídicos colectivos al servicio de los bienes individuales, entienden a la salud pública como “la suma de condiciones que posibilitan la salud individual”⁴⁷. En esta definición, se instrumentaliza la salud pública en función de la salud personal, erigiéndose esta última como el objeto de protección de la tutela penal. En consecuencia, la protección penal se justificaría en la necesidad de proveer seguridad a determinados bienes individuales, entendiendo por ende a la salud pública, como una forma de proteger mediatamente la vida o la salud individual de las personas.

⁴⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.43; DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 164.

Por su parte, aquellos que sostienen que los bienes jurídicos colectivos no significan un adelantamiento de la barrera punitiva, entienden que en la salud pública el bien jurídico tutelado es la seguridad y confianza en que los productos a los que se puede acceder en el mercado no son perjudiciales para la salud de los consumidores. La seguridad y confianza en el consumo, constituirían un bien jurídico penal en sí mismo, cuya protección penal se justifica en el carácter fundamental del cumplimiento de dicha expectativa normativa para el libre y pleno desarrollo del ser humano en sociedad. La legitimidad en la tutela de este bien jurídico colectivo se enmarca en la existencia de riesgos tecnológicos, los que no pueden ser dominados ni controlados por quienes los soportan, es decir los consumidores⁴⁸.

1.2.2. Flexibilización de las reglas de imputación penal a través de los llamados “delitos de peligro”

Tal como hemos señalado, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de “nuevos riesgos” que tienen su origen en la complejidad estructural de esta misma, y que en consecuencia, van “cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses

⁴⁸ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.27. (Nota al pie N°15)

merecedores de tutela penal”⁴⁹. En este contexto, los bienes jurídicos colectivos se erigen como sintomáticos de las nuevas problemáticas de esta sociedad, las que ya no sólo tienen su origen en relaciones de carácter estrictamente personal, sino que tienden a desarrollarse en ámbitos de participación múltiple, haciéndose imprescindible la intervención penal en la protección de intereses de carácter macrosocial.

Frente a la especialidad de estos bienes jurídicos, surge la dificultad de encontrar una técnica de tipificación que se adapte a sus singulares características, esto es, a su carácter abstracto y difuso que ciertamente dificulta la tarea de determinar si se ha lesionado dicho bien por no identificarse en él un objeto material. En tal orden de ideas, se hace imprescindible la utilización de los delitos de peligro como técnica tipificación e imputación para dar protección a estos intereses.

Al respecto, Maldonado señala que “[l]os llamados ‘delitos de peligro’ corresponden a una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación, la relación de lesividad o afectación que los vincula con el –aún

⁴⁹ CORCOY, BIDASÓLO, Mirentxu. 2003. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización. [en línea] Revista Catalana de Seguretat Pública. 13 de diciembre, 2003. Núm. 13. <<http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/133118/183092>> [consulta: 29 de noviembre 2013]. p.33.

mayoritariamente exigido– bien jurídico cuya protección justifica la punición. Desde dicha perspectiva, se los ha concebido tradicionalmente –en todas sus formulaciones– como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico”⁵⁰.

Si bien, existe un relativo consenso en doctrina respecto a la instauración de este tipo de delitos, encontramos grandes dificultades al momento de conceptualizar y determinar cuál es el rasgo característico que los distingue, toda vez que para ello es necesario tomar posición respecto a cuál es el bien jurídico protegido en estos ilícitos, y cuál es el grado de autonomía que se le otorga a los bienes jurídicos colectivos (lo que influirá en la determinación de su injusto y las reglas concursales al aplicar la pena).

La doctrina mayoritaria centra la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión, según la intensidad o modalidad de ataque al bien jurídico, es decir, “si la ofensa al bien jurídico de que se trate consiste en una lesión en sentido estricto (daño o modificación del objeto material sobre el cual recae la conducta prohibida) o en un peligro o riesgo de lesión”⁵¹. Así, desde esta perspectiva, se entiende que estos delitos implicarían un adelantamiento de la barrera punitiva

⁵⁰ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho Penal. [en línea] REJ – Revista de Estudios de la Justicia. 2006. Núm. 7 <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/0>> [consulta: 30 de octubre 2013]. p.23.

⁵¹ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.3.

respecto a los bienes jurídicos individuales, imprescindible ante los nuevos peligros que trae consigo la modernidad⁵².

En una posición distinta, Corcoy Bidasolo afirma: “la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro no se encuentra en la distinta forma de afectación del bien jurídico, sino en la distinta naturaleza de éste –individual o supraindividual–. La distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión, sólo tiene sentido en relación con la naturaleza del resultado en sentido material, según sea de peligro o de lesión, porque el resultado en sentido jurídico es idéntico en todos los delitos: lesión del bien jurídico-penal o, mejor expresado, afectación del bien jurídico penal”⁵³. Así, el término “delitos de peligro” y el criterio utilizado por la doctrina mayoritaria para diferenciarlos de los delitos de lesión –es decir, la modalidad de ataque al bien jurídico– es equívoca, pues

⁵² VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8. Sobre este punto, el autor señala: “[l]a técnica del delito de peligro en general es estimable, ante la imperiosa necesidad de cautelar bienes jurídicos macro sociales o colectivos, pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino la consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico, los delitos de peligro son fruto de una necesidad de nuestro tiempo y no simplemente una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad. Una protección penal que se base exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos no sirve en nada para captar o lo hace demasiado tarde a las nuevas fuentes de peligro, más todavía cuando la relación causa efecto entre los perjuicios al ambiente y lesión de vidas, salud humana no han sido investigadas suficientemente. Una reacción penal retrasada, que se limita a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos del pasado que lesionaron causalmente bienes jurídicos, carecería tanto de utilidad como de legitimidad, es decir no estaría justificada la necesidad y el merecimiento de pena respectivamente. En tal orden de ideas, desde una perspectiva preventiva, es inevitable reconocer la necesidad de instrumentar, en la tutela de los bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro pero asociados siempre al respeto de los principios político-criminales propios de un Estado constitucional”. VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.24.

⁵³ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.373.

implica desconocer el carácter autónomo del objeto de protección de este tipo de ilícitos. Al respecto, ha señalado: “si se profundiza en por qué en los delitos de peligro se afirma que solo se pone en peligro el bien jurídico, se advierte que el peligro es respecto de la vida o la salud, y, en todo caso, que no existe una ‘destrucción física’ del objeto del delito, pero respecto de la afectación del bien jurídico no se advierten diferencias entre delitos de peligro y de lesión. La diferencia entre ambas clases de delitos, en relación con el grado de afectación del bien jurídico, sólo existe si, como plantea ese amplio sector doctrinal, no se concede autonomía propia a los bienes jurídicos protegidos en los delitos de peligro y se conciben como mero adelantamiento de las barreras de protección”⁵⁴.

En otras palabras, la denominación “delitos de peligro” no es del todo correcta, pues el peligro sólo existiría respecto a los bienes jurídicos individuales, mientras que el bien jurídico colectivo resultaría efectivamente lesionado. Por ejemplo, en el caso del delito contra la salud de los consumidores contemplado en el artículo 315 del Código Penal chileno, el bien jurídico colectivo se encontrará lesionado (no sólo puesto en peligro), cuando el producto nocivo se encuentre en el mercado, sin que sea necesario que haya pasado efectivamente al consumidor, pues el injusto propio de este ilícito en particular, se encontraría en que se lesiona la confianza y seguridad del usuario

⁵⁴ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.22.

en el consumo de productos alimenticios. De este modo, el “peligro” (como resultado distinto al de lesión) se entiende sólo en torno al bien jurídico individual (salud o vida), y en base a una errada homologación entre resultado de lesión del bien jurídico –objeto jurídico del delito que debe siempre concurrir– y resultado de lesión del objeto material (persona o cosa sobre la que recae la acción), que no se presenta en los bienes jurídicos colectivos.

Con todo, seguir este razonamiento nos obligaría a concluir que los bienes jurídicos colectivos son meras abstracciones, en cuyo caso se justificarían muchas de las críticas realizadas por la escuela del Derecho Penal clásico, pues al considerarlos como un adelantamiento de la barrera punitiva, se los concibe en función de los bienes jurídicos individuales, dejándolos vacíos de un injusto propio⁵⁵. Esta concepción de los delitos de peligro –según Corcoy

⁵⁵ Si bien, la discusión respecto a la autonomía de los bienes jurídicos colectivos (como bien jurídico protegido en los delitos de peligro) puede parecer meramente dogmática, tiene importancia para determinar una serie de cuestiones prácticas, entre las que cabe destacar –por ser recurrentes en la responsabilidad penal por el producto–, los problemas que surgen al intentar precisar las reglas concursales para la determinación de la pena aplicable a los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos, pero que a la vez implican la lesión de bienes individuales. Al respecto Caro Coria ha señalado que por ejemplo, ante la comisión de un delito contra la salud pública consistente en la fabricación y venta de un producto humanamente comestible pero nocivo, de modo que un número indeterminado de ciudadanos han sufrido lesiones leves o graves y otros fallecen, el juez, al momento de determinar la pena para los infractores de la norma penal, y dada la ausencia de una regla general en la ley penal, debe optar entre varias alternativas que derivan de dos orientaciones generales: a) estimar que se configura un mero concurso de leyes penales, entre las normas que penalizan la puesta en riesgo del bien colectivo salud pública y la lesión de bienes individuales homicidio, lesiones, de forma tal que las únicas normas aplicables al caso son las que tutelan bienes individuales, pues éstas absorben el disvalor que subyace a la puesta en peligro del bien colectivo. En ese sentido, las penas a imponer en el caso hipotético serían las del homicidio en concurso con las del tipo de lesiones, quedando por definir si tal concurso es real o ideal. b) entender que, sin violarse el *non bis in idem*, opera un concurso de delitos entre el que afecta al bien colectivo y los que vulneran a los bienes individuales, dado que el disvalor del hecho no puede ser

Bidasolo—, “tiene su explicación en la reticencia a aceptar la legitimidad de la protección de esos bienes jurídicos supraindividuales, entendiendo que lo único que legitima estos delitos es su función de protección de los bienes jurídicos individuales”⁵⁶⁻⁵⁷.

1.3. Críticas a la expansión del Derecho Penal

A raíz de la expansión del Derecho Penal, se ha generado una intensa resistencia por gran parte de la doctrina garantista, debido a que atentaría contra los “rasgos definitorios de su propia identidad”⁵⁸, socavando el principio de intervención mínima o de *ultima ratio*, que deberían caracterizar el Derecho Penal y que constituyen *conditio sine qua non* de todo Estado democrático.

Dentro de las principales críticas, se cuestiona en primer lugar, desde el punto de vista dogmático, su legitimidad al reducir de forma sustancial las

abarcado por uno sólo de ellos sino conjuntamente. En este supuesto deberá también establecerse la naturaleza ideal o real del concurso”. CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.3.

⁵⁶ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p. 183.

⁵⁷ Tradicionalmente los tipos de peligro se han sistematizado en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, según si el tipo penal se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido, o cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico⁵⁷. Respecto al análisis de cada una de estas categorías, ahondaremos en el capítulo final de esta ponencia. BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. 2007. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito. 2ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis. pp.20-21.

⁵⁸ LASCANO, Carlos J. 2004. La insostenible “modernización del Derecho Penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países “emergentes”. [en línea] Pensamiento Penal del Sur, 2004. Vol. I. <<http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>> [consulta: 3 de diciembre 2013]. p.163.

garantías individuales heredadas del Estado Liberal. “Corren malos tiempos para las libertades individuales y por tanto también para el Estado de Derecho, lo que significa que tampoco son buenos los tiempos para las concepciones garantistas del Derecho Penal, esto es, aquellas orientadas a la minimización de la violencia de la intervención punitiva por medio de su sometimiento a unos estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas”⁵⁹.

“Lo anterior supone una clara relativización de los principios fundamentales del Derecho Penal, los cuales son vistos cada vez más como obstáculos a las nuevas funciones del mismo. Por ello, se puede afirmar que quizás el mayor, o al menos más importante costo de la modernización del Derecho Penal, lo representa la reducción de garantías en general”⁶⁰.

Por consiguiente el *ius puniendi* está dejando de ser un instrumento de defensa del individuo frente al poder estatal, para convertirse en un instrumento de promoción o reafirmación de los intereses sociales, poniéndose en jaque su naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario que lo identifica, originándose una desnaturalización de esta rama del ordenamiento jurídico.

⁵⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. 2008. ¿El Derecho Penal garantista en retirada?.[en línea] Revista Penal. Enero de 2008. N° 21. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/347/338>> [consulta: 27 de noviembre 2013]. p.148.

⁶⁰ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. 2008. *Op. Cit.* p.153.

En segundo lugar, se discute el cambio de rol que ha experimentado el principio de protección de bienes jurídicos, “transformándose en un mandato para penalizar en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización”⁶¹. Al respecto, Hassemer ha señalado que “la protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos”⁶².

El concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho Penal⁶³. Si bien, “la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado es la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho Penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario, la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho Penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios

⁶¹ MACHADO, Mariela. 2009. Necesidad de protección penal en materia de responsabilidad por el producto vs. principio de última ratio. [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/16102009/doctrina04.pdf>> [consultado: 16 octubre 2013].

⁶² HASSEMER, Winfried. 1992. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 45, fasc/mes 1. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402>> [consulta: 4 de noviembre 2013]. p.239.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco.1996. El “moderno” Derecho Penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº3: 1340. Citado en: MILANESE, Pablo. 2007. El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima. [en línea] <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_33.pdf> [consulta: 21 octubre 2013]. p.9.

de protección”⁶⁴. Por tanto, la norma penal no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico, sino que “debe entenderse como *ultima ratio* o mejor *extrema ratio*. Esto significa que el Estado sólo puede recurrir a ella cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal sólo sea considerada en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social. La subsidiariedad implica que se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal”⁶⁵.

Una tercera crítica, dice relación con que el Derecho Penal expansivo busca primordialmente la tutela de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. “El moderno Derecho Penal se ha ido alejando de un modelo tendiente a la protección exclusiva de bienes personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.–, para convertirse en un Derecho Penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano”⁶⁶. Por tanto, este derecho “tiene que ver con el individuo sólo de forma mediata; de forma inmediata se refieren a instituciones o al Estado [...]. A ello corresponde que estos bienes jurídicos a los cuales trata de proteger no son individuales sino colectivos”⁶⁷, siendo objetos ficticios de

⁶⁴ MILANESE, Pablo. 2007. El moderno Derecho Penal... *Op. Cit.* p.9.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta. p.66.

⁶⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. 1992. Rasgos y crisis... *Op. Cit.* p.241.

tutela, carentes de materialización⁶⁸, al ser excesivamente amplios e indeterminados, y en los que la constatación de la existencia del daño es prácticamente imposible. Así, precisamente debido al “carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión”⁶⁹, es que “para su protección penal se emplee recurrentemente, la técnica de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto”⁷⁰.

Como consecuencia de lo señalado con anterioridad, y consignándose como una cuarta crítica, se encuentra la instauración de la tipificación de los delitos de peligro abstracto. Es fácil comprender por qué el legislador adopta este camino. La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la aplicación del Derecho Penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalizó”⁷¹.

Así, “la utilización de estos instrumentos significaría un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, pues esta última estaría condicionada

⁶⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8.

⁶⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. 1999. El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid. p. 38.

⁷⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. 1992. Rasgos y crisis...*Op. Cit.* p.242.

exclusivamente a la prueba de una acción peligrosa, tornándose innecesaria la existencia de una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño”⁷². “Esto lleva a una realidad muy peligrosa: la reducción de los presupuestos del castigo acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa”⁷³.

“Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto como instrumentos del Derecho Penal moderno comportan aún un problema ulterior, el cual no debiera ser subvalorado. Cuando en los ámbitos mencionados se trabaja con los referidos instrumentos penales, a largo plazo se diluye la claridad y la percepción del injusto. Los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen en absoluto de ella”⁷⁴.

Se critica también que “el Derecho Penal moderno concreta su tendencia expansiva en la ampliación del Derecho Penal preventivo, con un acentuado adelantamiento de la protección penal”⁷⁵. Dicho adelantamiento se entiende como un “modo de actuación penal ilegítimo porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva

⁷² MILANESE, Pablo. 2007. *Op Cit.* p.15.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ HASSEMER, Winfried. 1992. Rasgos y crisis... *Op. Cit.* p.242.

⁷⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8.

al bien jurídico tutelado”⁷⁶.

Así pues, en palabras de Zaffaroni, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el Derecho Penal de Riesgo, desemboca en un Estado preventivista, que ahoga al Estado de Derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El Derecho Penal de riesgos convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización”⁷⁷.

“El Derecho Penal no debería intervenir contra riesgos, puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del mismo al ámbito previo a la lesión del bien jurídico [...], constituyendo una intervención ilegítima en el ámbito de libertad

⁷⁶ FUENTES OSORIO, Juan. 2006. Formas de anticipación de la tutela penal. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 24 de agosto, 2006. Núm. 08-08. <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>> [consulta: 20 de octubre 2013]. pp. 1 y 2.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. 2002. Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar. p.351.

del ciudadano”⁷⁸.

Ante esta cultura expansionista del Derecho Penal, se critica por parte de la doctrina garantista un naciente “populismo punitivo”⁷⁹ presente en un “buen número de países desarrollados y que amenaza con menoscabar la cultura jurídica garantista conquistada durante siglos”⁸⁰. Así, “el Derecho Penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin en sí mismo”⁸¹, lo que lleva a su empleo como instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar a las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho⁸². “Considerar que el *ius puniendi* está siendo utilizado sólo con la finalidad de educación, es totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos, bien como una gran ofensa al principio de intervención mínima”⁸³.

Por último, se cuestiona que “a la ley penal no se le reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión pública, es decir, un efecto puramente simbólico, en el cual no se neutralizan los riesgos sino que se hace creer a la gente que ya no existen: se calma la ansiedad o más claramente, se miente,

⁷⁸ PARIONA ARANA, Raúl. 2007. El Derecho Penal “moderno”. [en línea] Revista Penal. Julio de 2007. N° 20. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/328/319>> [consulta: 22 de octubre 2013]. p.157.

⁷⁹ GARLAND, David. 2005. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona, Editorial Gedisa. pp.27, 66, 263 y 405.

⁸⁰ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. 2008. *Op. Cit.* p.149.

⁸¹ MILANESE, Pablo. 2007. *Op. Cit.* p.12.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

dando lugar a un Derecho Penal simbólico, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías⁸⁴, buscando convencer a la colectividad que, mediante la instauración de penas y medidas de seguridad severas, es posible vivir en una sociedad segura y pacificada. De este modo, el Derecho Penal moderno “[i]ntentaría canalizar a través de sus normas, necesidades como la erradicación del delito y la ‘sensación’ de inseguridad, las que no son satisfechas por otras vías, para de esta manera apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado ‘está actuando’⁸⁵. Al respecto, Jakobs y Cancio Meliá, han señalado: “cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho Penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la ‘impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido’, predominando una función latente por sobre la manifiesta⁸⁶”.

Existiría por ende el riesgo que el Derecho Penal quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones. Si bien al Derecho Penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos –entendiéndolos como mensajes dirigidos a la sociedad con fuertes

⁸⁴ LANA VÉLEZ, Fausto. (s.a). La discusión en torno al fenómeno expansivo del Derecho Penal. [en línea] <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ladiscusion.htm>> [consultado: 26 de septiembre 2013].

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del enemigo. Madrid, Thomson Civitas. p.68.

contenidos valorativos⁸⁷—, éstos sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como los principales, no debiendo prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos y garantías fundamentales.

1.4. Propuestas de regulación ante los nuevos riesgos

Frente a la expansión del Derecho Penal, se ha generado una nutrida discusión doctrinaria respecto a la legitimidad de que sea ésta rama del ordenamiento jurídico la llamada a controlar estos nuevos riesgos, existiendo distintas corrientes dogmáticas que pretenden dar respuesta a los diversos desafíos que surgen en este nuevo escenario.

En una primera línea argumentativa⁸⁸, están los defensores de un Derecho Penal mínimo o nuclear, con una marcada vocación garantista, caracterizada por mantener indemne la protección al catálogo de bienes jurídicos individuales, en los que la *ultima ratio*, certeza, subsidiariedad y responsabilidad individual⁸⁹ juegan un rol fundamental. Esta postura señala que la expansión del Derecho Penal implicaría su desnaturalización, ya que se violaría el principio de intervención mínima, piedra angular de esta rama del ordenamiento jurídico. Se

⁸⁷ MILANESE, Pablo. 2007. *Op Cit.* p.17.

⁸⁸ A ultranza de los principios propuestos por la Escuela del Derecho Penal clásico cuyos albores se encuentran en la Ilustración, perfilándose con mayor fuerza en la Escuela Penalista de Frankfurt, y teniendo a Hassemmer como su principal exponente.

⁸⁹ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.39.

considera al *ius puniendi* como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley⁹⁰. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho; de aquí que se diga que el Derecho Penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico⁹¹. Sostienen además, desde un punto de vista histórico, que una expansión del Derecho Penal significaría un retroceso, toda vez que éste ha tendido a reducirse en aras de resguardar el catálogo de garantías liberales conquistado durante siglos. Luego, el Derecho Penal moderno, con su vocación expansiva, implicaría necesariamente una involución desde el punto de vista dogmático, al transgredirse por parte del Estado (que detenta el monopolio del *ius puniendi*) los derechos y libertades de la ciudadanía.

Así, “[p]ara evitar la desnaturalización de ese Derecho Penal clásico y atender al mismo tiempo a las demandas de control social ligadas a los problemas originados en la sociedad del riesgo, Hassemmer propone crear un “Derecho de intervención”⁹². “Éste, estaría ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionatorio Administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2004. Derecho Penal, Parte General. 7ª ed. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p. 72. Citado en: MILANESE, Pablo. 2007. *Op Cit.* p.4.

⁹¹ MILANESE, Pablo. 2007. *Op Cit.* p.5.

⁹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la Sociedad del Riesgo... *Op. Cit.* p.6.

Público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho Penal, pero también con menos intensidad en las que pudieran imponerse a los individuos”⁹³.

Por otro lado Silva Sánchez, a partir de la necesidad de conectar el grado de exigencia de los principios garantistas con la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, aboga por una expansión limitada del ámbito de “lo penalmente relevante”, proponiendo la coexistencia de dos tipos de Derecho Penal –Derecho Penal de dos velocidades⁹⁴–. El de “primera velocidad”, se identificaría con el Derecho Penal clásico, abocado a la sanción de los delitos nucleares (homicidio, violación, robo y otros delitos patrimoniales tradicionales) y caracterizado por la protección de bienes jurídicos individuales, las rígidas estructuras de imputación tradicionales, y el respeto irrestricto del catálogo de garantías liberales⁹⁵. Junto a este surgiría un nuevo Derecho Penal, un “Derecho Penal de segunda velocidad”, que se ocuparía específicamente de la “criminalidad moderna con especial atención a las condiciones necesarias para su efectiva persecución: se asumiría el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados, se adoptarían estructuras típicas suficientemente laxas, se flexibilizarían las garantías individuales y, en general, se aligerarían

⁹³ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. 1995. La responsabilidad penal por el producto en Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch. p.46.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. Cit.* pp.91,159-163.

⁹⁵ LASCANO, Carlos J. 2004. *Op. Cit.* p.166; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. Cit.*pp.159-163.

los criterios de imputación. Sin embargo, la contrapartida a todas esas concesiones sería la renuncia a la pena de prisión como forma de punición para dichos comportamientos, los cuales deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos”⁹⁶.

Finalmente, quienes defienden la expansión de *ius puniendi* a nuevos campos de conductas altamente lesivas socialmente, surgidas como consecuencia de la modernidad –la que ha sido definida por Beck como una sociedad de riesgos– argumentan que esta expansión es legítima, toda vez que se trata de nuevas formas de criminalidad que presentan características específicas y distintivas que las diferencian de la delincuencia tradicional, y que no serían subsumibles en el catálogo tradicional de ilícitos penales de corte individual, debido a que son estructuralmente distintas en cuanto a su origen, consecuencias y objeto de protección. “Estas nuevas formas de delincuencia se caracterizan por hacer uso de la tecnología y de los conocimientos científicos, generando modernas formas de organización criminal”⁹⁷ más sofisticadas, cuyo origen social se encuentra ya no en los sectores marginales, sino que se desarrollaría bajo el alero del poder (fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático,

⁹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la Sociedad del Riesgo...*Op. Cit.* p.7; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *Op. Cit.* pp.159-163.

⁹⁷ MACHADO, Mariela. 2010. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos y su relación con los delitos de peligro [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01092010/doctrina04.pdf>> [consultado el: 10 septiembre 2013]. p.1. (Nota al pie N° 1).

genético, el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas)⁹⁸.

Es así que los nuevos ámbitos a los que se expande el Derecho Penal se vinculan con la protección de bienes jurídicos colectivos, ya que los fenómenos delictivos típicos de la modernidad tienen su origen en organizaciones altamente complejas y estratificadas, en donde la posición jurídica de los partícipes se ve definida por el rol que cumplen dentro del entramado social (productores, consumidores, trabajadores, empresarios), viéndose sustituidos los contextos de actuación individual por contextos de actuación colectivos⁹⁹.

La protección de bienes jurídicos colectivos va de la mano con un adelantamiento de la barrera punitiva –primacía de los fines preventivos–, la que se justificaría en el potencial catastrófico de los riesgos que surgen como consecuencia de la modernidad, en donde los daños ya no sólo afectan a un individuo (víctima del delito), sino que amenazan a un número indeterminado de personas o incluso a toda la humanidad.

Frente a los desafíos que impone la sociedad del riesgo, el Derecho Penal

⁹⁸ MACHADO, Mariela. 2010. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos y su relación con los delitos de peligro [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01092010/doctrina04.pdf>> [consultado el: 10 septiembre 2013]. p.1. (Nota al pie N° 1).

⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. p.199.

clásico no ha logrado dar una respuesta satisfactoria a la demanda de seguridad y protección que exige la comunidad, debido a que las nuevas formas delictuales propias de la modernidad, no logran ser subsumidas en las estructuras típicas de imputación tradicional, ya que éstas fueron concebidas en torno a la lesión de bienes jurídicos individuales y no en la protección de bienes jurídicos colectivos.

Asimismo, las teorías que proponen un “Derecho de intervención” o “Derecho Penal de segunda velocidad”, parecen obviar las características criminológicas que presentan estos ilícitos, en tanto se trata en general de una delincuencia de los poderosos, que tiene su génesis en los sectores socialmente privilegiados –especialmente en grupos empresariales, quienes manejan los medios de producción– careciendo por ende las sanciones pecuniarias de suficiente eficacia en términos preventivos-generales¹⁰⁰.

1.5. Conclusiones preliminares

En vista de lo señalado anteriormente, cabe preguntarse cuál es la función que debe cumplir el Derecho Penal en nuestra sociedad: ¿Es esta rama del derecho la llamada a regular estos nuevos riesgos? ¿O sólo debe hacerse

¹⁰⁰ CORCOY, BIDASÓLO, Mirentxu. 2003. Exigibilidad en el ámbito... *Op. Cit.*p.36.

cargo de reaccionar ante las lesiones del catálogo de bienes jurídicos clásicos?¹⁰¹.

Entendemos que el Derecho Penal no sólo debe intervenir para remediar lesiones concretas que se generan dentro de la esfera de actuación de un individuo, sino que también debe necesariamente cumplir un rol social preventivo, interviniendo en situaciones potenciales de peligro cuando la realización del riesgo pueda producir daños de carácter irreparable ya no sólo en una persona, sino que también en la colectividad¹⁰².

Quizás el rasgo característico de estos nuevos riesgos, es que “en cuanto a sus grandes dimensiones son comparables a las catástrofes naturales, pero a diferencia de éstas, son dependientes de decisiones y actuaciones humanas, por lo que son en principio dominables, lo que hace presumir que serían susceptibles de una cierta conducción a través del Derecho”¹⁰³. “Estos nuevos riesgos ocasionan daños globales no delimitables espacio-temporalmente y son mayormente irreparables, afectando masivamente a los seres humanos”¹⁰⁴, pudiendo repercutir incluso en futuras generaciones.

¹⁰¹ PARIONA ARANA, Raúl. 2007. *Op. Cit.* p.156.

¹⁰² VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.2.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

Ejemplo de lo anterior son los ya señalados caso Colza y Contergan en Derecho comparado, y ADN Nutricomp en el caso chileno, los cuales se enmarcan en la llamada “responsabilidad penal por el producto”, en donde “un grupo de personas, más o menos numerosos según los casos, se ve afectado por enfermedades –que a veces han llevado a acabar con su vida–, producidas por la ingestión o uso de productos que han sido puestos en el mercado para que puedan ser adquiridos por los consumidores”¹⁰⁵. Es a partir de estos casos que esta materia adquirió importancia, experimentando a nivel legislativo un significativo incremento de protección penal –al menos en el derecho comparado–¹⁰⁶.

A raíz de estos injustos que amenazaron de forma inusitada a la población, “se desprende la preocupación legal por prevenir aquellas conductas que utilizan objetos (v.gr. alimentos, medicamentos) especialmente idóneos para lesionar intereses jurídicos de naturaleza supraindividual, que afectan a una colectividad indeterminada de sujetos”¹⁰⁷ y que dan origen a nuevas formas de criminalidad, que en sus efectos resultan más nocivas que las clásicas formas delictuales.

¹⁰⁵ MACHADO, Mariela. 2009. Necesidad de protección penal..... *Op. Cit.*

¹⁰⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. La tutela penal de los consumidores... *Op. Cit.* pp.sp.

¹⁰⁷ *Ibíd.* (El paréntesis es nuestro).

Es por ello que el Derecho Penal debe extenderse a nuevas áreas que primitivamente no eran reguladas por el *ius puniendi*, pero que sin embargo, eran de gran lesividad social. Estos nuevos fenómenos se caracterizan por desarrollarse en ámbitos colectivos y no individuales, presentándose relaciones causales altamente complejas, o como señala Schünemann: “la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada”¹⁰⁸. Es en este contexto cuando se justifica la aparición de los bienes jurídicos colectivos, como respuesta al clamor de protección de intereses generales, configurándose como figuras autónomas en cuanto afectan a realidades distintas de las abarcadas inicialmente por los bienes jurídicos individuales, y estructurándose “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”¹⁰⁹.

Debido a la imposibilidad de prever las consecuencias de estos nuevos riesgos, y que en su mayoría son originados por “organizaciones altamente

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. *Op. Cit.* pp.198 y 199; PARIONA ARANA, Raúl. 2007. *Op. Cit.* p.156.

¹⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. *Control social... Op. Cit.* p.197.

especializadas, complejas y jerarquizadas¹¹⁰ es que las rígidas estructuras clásicas basadas en un modelo de imputación individual-culpable se tornan insuficientes¹¹¹. “Se ‘sobreexigiría’ al modelo de imputación tradicional en la consecución de objetivos preventivos, cuando éste tiene que enfrentarse y superar problemas en contextos sociales con relaciones causales altamente complejas¹¹². Así, se hace imprescindible la implementación de nuevas técnicas de tipificación que den una protección efectiva a los bienes jurídicos colectivos, superando los problemas de las clásicas figuras delictivas concebidas en torno a la lesión de bienes individuales, ya que estas se muestran obsoletas ante la especialidad de estos nuevos bienes¹¹³.”

De este modo, entendemos que la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales será legítima en cuanto éstos sean indispensables para el desarrollo del hombre en sociedad, a través del pleno ejercicio de sus derechos. Es decir, “la necesidad y oportunidad de proteger penalmente un bien jurídico no proviene de su naturaleza individual o colectiva sino de su esencial importancia para la sociedad, de que todos los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo, y por supuesto de la compatibilidad de su tutela penal con lo establecido en la Constitución¹¹⁴.”

¹¹⁰ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.25. (Nota al pie Nº 11)

¹¹¹ PARIONA ARANA, Raúl. 2007. *Op. Cit.* p.159.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. 2003. Prolegómenos para la lucha... *Op. Cit.* p.88.

¹¹⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.18.

Por tanto, la expansión de la protección penal a nuevos bienes jurídicos –en su mayoría colectivos–, no significaría *a priori* un quebrantamiento del principio de intervención mínima, sino que tras estas críticas, existiría un prejuicioso análisis de la lesividad de los comportamientos a considerar como desestabilizadores del orden social, que tiene su origen en una concepción individualista del ser humano, propia del estado liberal. “Quienes se muestran partidarios de limitar el Derecho Penal a un Derecho Penal nuclear lo hacen básicamente en nombre de la libertad. Según ellos, el Derecho Penal debe limitarse a proteger la vida, salud, libertad y propiedad para evitar injerencias excesivas en la esfera personal”¹¹⁵. Sin embargo parecen obviar que la única forma de tutelar efectivamente la libertad, “es protegiendo el libre desarrollo de la personalidad y este sólo es posible en un ambiente de seguridad y confianza”¹¹⁶. Si no existen las condiciones para ejercer la libertad, esta queda vacía de contenido¹¹⁷.

¹¹⁵ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro... *Op. Cit.*, p. 192.

¹¹⁶ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro... *Op. Cit.*, p. 180.

¹¹⁷ Al respecto la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 1° inciso 3° y 4°, parece consagrar el ideario de un estado social y democrático de Derecho, en el cual este último se encuentra al servicio de la persona humana teniendo como finalidad la promoción del bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, debiendo asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la sociedad.

CAPÍTULO 2

LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PENAL DE NATURALEZA COLECTIVA

Tal como tuvimos ocasión de ver a lo largo del capítulo anterior, bajo la expresión “sociedad de riesgo”, el sociólogo alemán Ulrich Beck hace referencia al fenómeno de la “modernización reflexiva de la sociedad industrial”¹¹⁸, que se manifiesta en la dicotomía de orden insalvable a la que nos enfrenta el desarrollo de la ciencia y de la técnica post-moderna: por una parte, el progreso económico y tecnológico ha transformado nuestras sociedades y ha permitido que gocemos de niveles de bienestar inimaginables¹¹⁹; por otro lado, “el progreso social, fruto del proceso de modernización de la sociedad capitalista industrial, ha ido acompañado de un significativo incremento de ‘riesgos o peligros’ consustanciales al propio desarrollo tecno-económico”¹²⁰, los cuales se distinguen por el potencial catastrófico de sus efectos, presentándose en ámbitos globales o masificados.

¹¹⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria. [en línea] Revista de Derecho Penal y Criminología. 2005. Núm. 15. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134885276>> [consulta: 20 de octubre de 2014]. p. 56.

¹¹⁹ CLIMENT SANJUAN, Víctor. 2006. *Op. Cit.* p.136.

¹²⁰ *Ibíd.*

Entre los riesgos característicos de la sociedad actual, presentan particular importancia aquellos que encuentran su origen en el proceso de fabricación, distribución y comercialización de productos. La relevancia social que ha adquirido este sector del tráfico jurídico, se explica por las características particulares que presentan los peligros en este ámbito y por la importancia de los bienes jurídicos comprometidos. La sofisticación de las modernas formas de producción industrial, la fuerte influencia de la publicidad que induce al consumo, así como el monopolio en el control de la información que detentan las grandes empresas que se desarrollan en este rubro, determinan que al ciudadano no le sea posible conocerlos riesgos derivados de los productos que utiliza cotidianamente, lo cual explica desde el punto de vista subjetivo, el alto grado de inseguridad y desconfianza que afecta a las modernas sociedades. En este contexto, y ante la imposibilidad del individuo de controlar o gestionar por sí mismo estos peligros, la indemnidad de intereses tan relevantes como la salud o la vida de la población, dependen en absoluto de la eficacia y adecuado funcionamiento de los controles institucionales diseñados para su gestión.

Así, en el marco de la producción y consumo de bienes y servicios, los bienes jurídicos que en principio se verán mayormente afectados por la introducción al mercado de un producto con algún grado de nocividad, serán la salud pública y la seguridad colectiva, pues debido al carácter masivo del proceso productivo, los efectos adversos de estos ilícitos pondrán en riesgo a

un número indeterminado de sujetos –los consumidores–; de ahí que los costes sociales sean muy elevados¹²¹.

Es precisamente esta realidad la que motivó la reforma del capítulo de los “Crímenes y simples delitos contra la salud pública” de nuestro Código Penal en el año 1966, en tanto ya en esa época los legisladores vislumbraron la necesidad de adaptar la legislación penal a las exigencias que plantean estos nuevos riesgos para la salud, los cuales se manifiestan como un efecto adverso del progreso de la técnica y la mundialización de los mercados. Así consta en la historia fidedigna de la Ley N° 17.155 la preocupación por tutelar la salud pública ante los graves peligros a los que se ve expuesta la población por la preparación o expendio de sustancias nocivas a gran escala, principalmente medicamentos y alimentos, debido a la extensión con que puede difundirse su consumo, como por el volumen de su fabricación, la rapidez de su transporte y la ingente propaganda difundida a través de toda clase de medios de publicidad¹²².

Luego, la noción de salud pública que inspiró la reforma de nuestro código punitivo, da cuenta del carácter social y colectivo que se atribuye a este bien jurídico, dispensándole una protección de carácter autónomo respecto de la

¹²¹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.422.

¹²² HISTORIA DE LA LEY N° 17.155: MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. 1969. Santiago, de Chile, Biblioteca Congreso Nacional, 11 de junio de 1969. p.1683.

salud individual, en tanto se la concibe como uno de los intereses esenciales para el funcionamiento del sistema social. En este sentido, se señala en las Actas de la Cámara de Diputados, que “[d]esde el punto de vista del derecho, la salud pública representa uno de los bienes jurídicos más fundamentales y de mayor significación social”¹²³; “se trata, en consecuencia, de delitos que entrañan peligro colectivo o común y que el legislador sanciona, por lo mismo que afectan a la salud de las personas en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente lesionado por la acción delictuosa”¹²⁴.

En este capítulo nos avocaremos al estudio de la salud pública, en tanto bien jurídico de naturaleza colectiva cuya tutela inspira la tipificación de los diversos delitos contemplados en el Título VI, Libro II de nuestro Código Penal. El análisis de todo ilícito contenido en la Parte Especial de un código punitivo, exige al intérprete preguntarse “cuál es el valor que el legislador pretende proteger en dicha figura y cuál es el substrato, material o inmaterial, en el que tal valor reside”¹²⁵.

Así, la primera sección de este apartado, estará consagrada al análisis del bien jurídico penal, pues si se reconoce “la insolubilidad entre bien jurídico y norma, resulta de máxima importancia disponer de una teoría del bien jurídico

¹²³ HISTORIA DE LA LEY N° 17.155: MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. 1969. *Op. Cit.* p.3472.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 165.

que permita identificar materialmente lo protegido en relación a cada norma penal¹²⁶; para luego adentrarnos en el estudio de la salud pública, bien jurídico que debido a su particular estructura, constituye un objeto de estudio especialmente desafiante, pues implica sumergirse en el análisis de los bienes jurídicos colectivos –figuras ampliamente controvertidas en doctrina– y desentrañar la relación que vincula a este interés de carácter macrosocial, con la salud, vida e integridad física como bienes jurídicos individuales.

2.1. Excurso. Algunas consideraciones en torno al concepto de delito alimentario nocivo

Si bien, el interés por sistematizar la realidad alimentaria ha experimentado un significativo auge en las últimas décadas debido a los paradigmáticos casos de intoxicación masiva (aceite Colza en España, ADN Nutricomp en Chile), lo cierto es que dicha preocupación no es un invento de la modernidad¹²⁷, sino que responde a la importancia que históricamente han tenido los alimentos en el desarrollo humano, al proyectarse como una necesidad primaria e insoslayable, siendo objeto de numerosos intentos de regulación desde tiempos inmemorables. Por ello –y sin ánimos de profundizar sobre el *iter* histórico¹²⁸ de

¹²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I... *Op. Cit.* p.57.

¹²⁷ FERRO VEIGA, José Manuel. 2012. Fraudes alimentarios. ¿Qué comemos? [en línea] <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fraudes-alimentarios-%C2%BFqu%C3%A9-comemos>> [consulta: 28 de enero 2014].

¹²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.79.

esta figura delictiva—, no han permanecido ajenos a esta protección¹²⁹ un gran número de civilizaciones, cuyo desarrollo ha evolucionado en función de los conocimientos cotidianos, de las experiencias personales y de las ideas imperantes¹³⁰. Las normas del Código Hammurabi, el Antiguo Testamento, el Corán, el Derecho Romano y las Leyes Indias en América Latina, son algunos de los ejemplos que sintetizan de forma irrefutable la preocupación por esta realidad¹³¹.

Sin embargo, “a pesar de sus antecedentes históricos, no cabe duda que el Derecho Alimentario es un derecho reciente, moderno, que ha evolucionado rápidamente para adaptarse a los nuevos conocimientos de las ciencias, a la expansión de los mercados, a los cambios demográficos y a las nuevas expectativas del consumidor actual”¹³², el cual se encuentra “cada vez más alejado de la selección y preparación de los alimentos, por lo que depende para su abastecimiento de la compleja industria agroalimentaria.

Esta situación ha conllevado una cierta desconfianza del público consumidor que se ha extendido no sólo hacia aquellos sujetos que intervienen en toda la cadena alimentaria, sino también hacia los poderes públicos, encargados de

¹²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.78.

¹³⁰ FERRO VEIGA, José Manuel. 2012. *Op. Cit.*

¹³¹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Héctor. 2012. Referencias a la legislación alimentaria en el mundo antiguo. [en línea] <<http://seguridadalimentaria- Hectorfernandez.blogspot.com/2012/04/referencias-la-legislacion-alimentaria.html>> [consulta: 12 de febrero 2014].

¹³² FERRO VEIGA, José Manuel. 2012. *Op. Cit.*

controlar que los alimentos sean seguros”¹³³. “La red del comercio internacional distribuye productos de países de todo el mundo, cada cual con su propia legislación en materia de control de la seguridad alimentaria. Por ello, la creación de mercados comunes debe tener presente el potencial peligro para la salud que implica este continuo intercambio, ya que la globalización de la distribución de alimentos significa también una globalización de los problemas sanitarios”¹³⁴.

Así, “[u]na alimentación globalizada comprende un amplio conjunto de actividades que van desde la producción hasta la puesta a disposición de los ciudadanos de los bienes necesarios y adecuados para satisfacer sus necesidades nutricionales, por lo que está íntimamente ligada con la agricultura, la ganadería, la pesca, la biología, la química, las industrias de transformación y de distribución, y sobre todo, con la salud, y tiene por tanto carácter multidisciplinario al incluir conceptos y hechos de tipo económico, técnico, sanitario, político y jurídico”¹³⁵.

Bajo este contexto surge el “delito alimentario nocivo”, o mal llamado “fraude alimentario”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 315 del Código

¹³³ FERRO VEIGA, José Manuel. 2012. *Op. Cit.*

¹³⁴ DÍAZ MÉNDEZ, Cecilia y GÓMEZ BENITO, Cristóbal. 2008. Alimentación, consumo y salud. Barcelona, Editorial Obra Social Fundación “la Caixa”, Colección de Estudios Sociales N° 24. p. 81.

¹³⁵ DÍAZ MÉNDEZ, Cecilia y GÓMEZ BENITO, Cristóbal. 2008. *Op. Cit.* pp. 81 y 82.

Penal chileno, bajo el epígrafe “Crímenes y simples delitos contra la Salud Pública”, siendo el propio legislador quien nos da “una referencia directa a lo que, en principio, cabe entender que es el bien jurídico protegido, que se afirma constituido en este caso por la salud pública”¹³⁶.

2.2. El bien jurídico protegido en Derecho Penal

La justificación de la existencia misma del Derecho Penal busca su fundamento de legitimidad en la tutela de bienes jurídicos: la intervención del Estado a través del *ius puniendi*, sólo es legítima en cuanto sea indispensable para la protección de estos intereses. En consecuencia, el legislador solo podrá tipificar como delitos aquellas acciones que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico penal. De hecho, esta es precisamente la definición de delito a la que recurre de forma prácticamente unánime la doctrina moderna (concepto material de delito) y que cristaliza la garantía “*nulle crimen sine injuria*”¹³⁷.

En este sentido, se puede afirmar que el bien jurídico preside la formación del tipo, al valorar los elementos objetivos y subjetivos que el precepto penal entraña¹³⁸ y dotar de contenido a la antijuridicidad material, pues desde el punto

¹³⁶ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 166.

¹³⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. [en línea] Revista Penal. 2006. N° 18. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>> [consulta: 22 de febrero 2014]. p.4.

¹³⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.27 y 30.

de vista teleológico, la pregunta por la finalidad última de cada norma penal, invariablemente, conducirá al bien jurídico protegido en cada una de ellas.

La importancia del bien jurídico en la teoría del delito ha sido sistematizada por la doctrina en las distintas funciones que éste está llamado a cumplir. Dentro de ellas, destaca por su relevancia aquella que lo posiciona como fuente de legitimación y límite al poder punitivo del Estado. En efecto, “entre las restricciones que hoy suelen imponerse al *ius puniendi*, ocupa un lugar preponderante el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que viene a delimitar el ámbito de lo legítimamente punible al exigir que el Derecho Penal castigue únicamente ataques a estos intereses”¹³⁹, estando vedada su intervención en la defensa de valores éticos, morales o religiosos¹⁴⁰.

Esta función de garantía o límite, presenta como corolario la “legitimación material de la norma penal, que como expresión formalizada de control, necesita ser justificada racionalmente en el Estado democrático. Luego, ello quiere decir que el bien jurídico en cuanto expresión que sintetiza el objeto jurídico protegido por la norma penal, aparece indisolublemente vinculado al

¹³⁹ MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A. p. 159.

¹⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I... *Op. Cit.* pp.39 y 61.

Estado, en la medida que es éste el que tiene el monopolio de la coerción penal”¹⁴¹.

Por otra parte, el bien jurídico cumple una función metodológica¹⁴² o dogmática, pues “como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de la interpretación y la base de formación del sistema de la Parte Especial”¹⁴³ de los códigos punitivos. En consecuencia, esta institución desempeña un rol de carácter teleológico, en tanto “[e]l proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma”¹⁴⁴, siendo este último el que determinará el sentido y alcance del precepto, dimensionando los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal¹⁴⁵. “De esta función del bien jurídico, emana el criterio sistemático de agrupar los delitos en la Parte Especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; y dentro de

¹⁴¹ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal). 2ª ed. Santiago, LexisNexis. p. 9.

¹⁴² MIR PUIG, Santiago. 2003. Introducción a las bases del Derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial B de f. p. 123.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I... *Op. Cit.* p.61.

¹⁴⁵ Sobre el mismo, agrega Abanto Vásquez: “El concepto bien jurídico también tendría una función interpretativa o dogmática, pues, al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (p. ej., si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena”. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. 2006. *Op. Cit.* p.6.

cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque”¹⁴⁶.

A dichos roles –que son los que tradicionalmente les ha asignado la doctrina–, nos parece importante agregar la función crítica que debe cumplir el concepto de bien jurídico en un Estado social y democrático de Derecho. No sólo se trata de identificar lo que protege una norma penal, sino que el concepto de bien jurídico (en tanto síntesis normativa de una relación social concreta y dialéctica¹⁴⁷), debe constituir un instrumento que permita realizar un examen crítico del contenido material que sintetiza el objeto protegido en la norma, a fin de constatar la vigencia de la necesidad de su protección¹⁴⁸. El “carácter dinámico del bien jurídico es la fuente del permanente proceso de incriminación y desincriminación a que está expuesto el Derecho Penal”¹⁴⁹.

Hasta aquí, la faceta menos controversial de esta institución. Sin embargo, luego del diagnóstico realizado acerca de su importancia, es lógico preguntarse ¿qué es el bien jurídico?¹⁵⁰. Las respuestas a esta interrogante no son unívocas, sino que por el contrario, tan complejas y vastas como la teoría del delito misma. La ingente literatura desarrollada en torno al bien jurídico no sólo

¹⁴⁶ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op Cit.* p.7.

¹⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I... *Op. Cit.* p.59

¹⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1999. Lecciones de Derecho penal, Volumen II. Madrid, Editorial Trotta. p.27.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 123.

se explica por su importancia, sino que también, por el carácter ético-valorativo que entraña esta institución.

Es a raíz de la imposibilidad de abordar un tema tan extenso como este, pero a la vez tan significativo y determinante para el desarrollo del objeto de esta memoria, que expondremos las teorías que suscribimos respecto a la configuración y contenido del bien jurídico, a fin de estar en condiciones de responder la pregunta planteada en el acápite precedente. Las tesis escogidas son las desarrolladas por los autores Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, las cuales –según la clasificación realizada por Hassemer– pertenecen a las denominadas “teorías trascendentales del bien jurídico”, caracterizadas por buscar el origen de esta institución, más allá de la norma, el Derecho o la voluntad del legislador¹⁵¹. Escogimos estas tesis –y no otras–, pues además de la claridad conceptual y lo atingente de sus postulados a la hora de examinar la legitimidad de los intereses macrosociales, logran construir una teoría dinámica que abre el concepto de bien jurídico a la realidad social, buscando los presupuestos que dan contenido al objeto protegido en cada norma jurídica en el funcionamiento de un sistema social determinado, y por tanto, en la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas que se desarrollan en su seno¹⁵².

¹⁵¹ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 122.

¹⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 28.

Tal como señalamos anteriormente, existe un relativo consenso en la ciencia penal moderna respecto a que el Derecho Penal debe limitarse exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, siendo legítima la tipificación de una conducta como delito sólo en cuanto esta lesione o ponga en peligro un interés penalmente tutelado. En este sentido, se afirma que la figura del bien jurídico constituye una garantía del ciudadano frente al monopolio del uso de la fuerza que detenta el Estado, al limitar el ámbito de lo legítimamente punible. Al respecto, señala Hormazábal Malarée: “[l]a historia del concepto de bien jurídico y su relación con las teorías legitimadoras del poder han puesto de manifiesto la indisoluble vinculación de la teoría del Estado con la teoría penal. Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto jurídico concreto protegido por cada prohibición o mandato para con ello dar fundamento racional al sistema penal. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos implícitamente conlleva el reconocimiento de un axioma básico para la construcción y desarrollo de una sociedad democrática: la posición antinómica y desigual del ciudadano frente al poder”¹⁵³.

Sin embargo, más allá de la visión idealizada del bien jurídico que sostiene la dogmática, si se analiza de manera crítica la función que efectivamente ha cumplido esta institución en la historia de Derecho Penal, se llega a la conclusión de que en la *praxis* ha constituido una garantía meramente formal,

¹⁵³ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 121.

que más que servir de instrumento crítico en el análisis de la legitimidad de la norma, parece ser una cláusula de estilo para cerrar todo debate que cuestione la validez del sistema jurídico. En este sentido, Díez Ripollés ha señalado que “[s]in negar la trascendencia histórica que ha tenido el concepto de bien jurídico protegido en la transformación de la antijuricidad formal, propia del estricto positivismo jurídico, en una antijuricidad material, lo cierto es que en las últimas décadas se ha abusado tanto de sus potencialidades que se le puede considerar en buena medida como un fetiche, cuya sola mención tiene capacidad para justificar casi cualquier cosa. La realidad, sin embargo, es que la discusión sobre la existencia o no de un bien jurídico protegido y cuál sea este tiene en muchas ocasiones un contenido puramente nominalista”.

Al respecto, es preciso señalar que el diagnóstico acerca de la desmaterialización que ha sufrido el concepto de bien jurídico no puede llevarnos a concluir erradamente que se trata de una institución prescindible en la teoría del delito y de la pena, pues –a pesar del excesivo formalismo con que ha sido concebido por parte de la doctrina– constituye una figura “fundamental en el campo del Derecho, pues informa, permite conocer el fundamento mismo de lo que cae bajo el ordenamiento jurídico. Prescindir de él es poner el ordenamiento jurídico en las nubes, fuera del alcance del pueblo, dejar entregado el ordenamiento jurídico a la arbitrariedad, pues no se podrían

conocer sus razones, y también dejar entregado al legislador a la arbitrariedad, pues no sabría cómo fundar las leyes”¹⁵⁴.

Es en virtud de lo anterior que, para que el bien jurídico pueda cumplir las funciones que de él se predicán y erigirse como limitación y fuente de legitimidad de la norma penal, debe construirse un concepto material y dinámico del mismo, que “superando los aspectos puramente formales, exprese lo que real y concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado período histórico”¹⁵⁵. “Una función garantizadora sólo se puede hacer efectiva en la medida que la teoría del bien jurídico sea capaz de indicar qué y por qué se protege. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social y, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal”¹⁵⁶. “De esta forma, el bien jurídico cumple una importante función político-criminal de carácter crítico, al permitir de *lege lata* la revisión del ordenamiento jurídico penal y de *lege*

¹⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* pp. 174 y 175.

¹⁵⁵ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p.121.

¹⁵⁶ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p.8.

ferenda al establecer una limitación de carácter material al *ius puniendi* estatal”¹⁵⁷.

Sin embargo, la construcción de un concepto material y dinámico de bien jurídico constituye una tarea especialmente compleja, pues implica dotar al objeto protegido por la norma de un contenido específico, que funcione como un límite real al carácter contingente de la decisión del legislador de criminalizar o no determinada conducta, pero que a la vez sea permeable a la transformaciones que experimentan los valores y necesidades de la sociedad, los cuales debido a su carácter relacional, son esencialmente variables. Solo un concepto que cumpla con dichas características permitirá que el bien jurídico pase de ser una garantía meramente “formal axiomática”¹⁵⁸, a una garantía material, que logre plasmar en la norma un substrato de la realidad social, a fin de poder realizar una revisión crítica de ellas y así evitar “un tratamiento puramente formalístico del Derecho, esto es, exclusivamente lógico jurídico”¹⁵⁹.

En aras de la consecución de dicho objetivo y principalmente como reflejo del carácter metajurídico que atribuyen a esta institución, Bustos y Hormazábal plantean que el bien jurídico constituye un concepto límite, es decir una fórmula sintética de lo que realmente se protege. El contenido del objeto tutelado en la

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 28.

¹⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.160.

norma se encuentra más allá del mundo jurídico; “tal como decía Von Liszt, las raíces del bien jurídico no están en el Derecho, y frente a ello, hay la alternativa de buscar sus presupuestos en el campo de la Metafísica o en el de la realidad. El primer camino nos lleva al campo de la abstracción, de la deducción, y en cierto modo más semejante al tradicional de la ciencia jurídica; el segundo, en cambio, al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuar dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales”¹⁶⁰.

En efecto, el contenido del bien jurídico no surge del vacío normativo, ni viene dado por la naturaleza de las cosas –como revelación metafísica al legislador– no susceptible de ser cuestionada, por encontrarse más allá del alcance de los hombres¹⁶¹. Por el contrario, los bienes jurídicos “surgen en la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado y por tanto de la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas”¹⁶². “El bien jurídico está en la realidad social, en el conflicto social, en el desarrollo de la persona a través de la satisfacción de sus múltiples necesidades”¹⁶³. Es por ello que se señala que “los bienes jurídicos son síntesis normativas determinadas de las

¹⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.166.

¹⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.27.

¹⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.28.

¹⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal. Parte general. 4ª ed. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU). p.122.

correspondientes relaciones sociales concretas y dialécticas subyacentes”¹⁶⁴, pues “el significado y la legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico mismo, sino más bien de los presupuestos de éste, es decir, de los substratos de la realidad social en torno a los que se configuran relaciones sociales determinadas –históricamente condicionadas y, por ello mismo, cambiantes– en que los individuos se encuentran en determinadas posiciones, intermedian con objetos y entes, e interaccionan socialmente produciendo consecuencias entre ellos y respecto del conjunto de relaciones sociales, es decir, de la totalidad del orden social”¹⁶⁵.

Así, en una sociedad democrática los bien jurídicos son producto de un proceso interactivo y dialectico de discusión participativa, donde la hegemonía alcanzada está dispuesta en el futuro a aceptar su revisión. Los objetos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social y, por consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática. Por eso, se dice que tienen un carácter dinámico¹⁶⁶. En efecto, “la relación social expresa siempre una relación dialéctica (dinámica), pues constantemente, por los intereses

¹⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho. [en línea] <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoDerechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>> [consulta 11 febrero 20154]. p.30; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.* p.191; HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p.152.

¹⁶⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno...*Op. Cit.* p.30.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.* pp.166, 167 y 199.

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I... *Op. Cit.* p.58.

contrapuestos existentes dentro del desarrollo social, se producirán procesos de tesis, antítesis y síntesis. De ahí que así planteado el bien jurídico no sólo es un concepto crítico respecto del sistema jurídico, sino también respecto del sistema social”¹⁶⁷.

Ahora bien, con determinar la función y contenido del bien jurídico, no nos encontramos aún en el campo propio de lo punitivo: “[n]o todo bien jurídico necesita protección penal, más aún, no toda relación social concreta necesita protección jurídica [...]. El Derecho Penal sólo puede ser *ultima ratio*, si es que se quiere una sociedad democrática”¹⁶⁸. “La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado su empleo”¹⁶⁹.

En efecto, la afirmación de que el Derecho Penal tiene como función la tutela de bienes jurídicos, no implica que deba intervenir en la protección de todos ellos, ni frente a cualquier ataque¹⁷⁰, sino que por el contrario, “dado el carácter extremadamente aflictivo y restrictivo de derechos fundamentales que implica la

¹⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.* p.122.

¹⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* pp. 167 y 168.

¹⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.* p.104.

¹⁷⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.13.

incriminación de conductas, hará falta una específica justificación de lo deseable y necesario de la protección jurídico penal¹⁷¹.

En este sentido, Mir Puig destaca la necesidad de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal. “Para que un bien jurídico [...] pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal¹⁷². Respecto al primero de estos requisitos, tal como se señaló de forma precedente, “el Derecho Penal no debe proteger todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos indispensables para la vida social, y solamente frente a los ataques más lesivos o dañosos; entonces el merecimiento de protección penal deriva del significado atribuido al bien (su importancia social) y la gravedad de sus diversas formas de ataque (intensidad de sus afecciones)”¹⁷³.

Sin embargo la definición de cuales son aquellos bienes esenciales, ciertamente no constituye un asunto pacífico, toda vez que dicha decisión estará marcada por criterios de orden axiológicos. “Así, pues, en lo que respecta a consideraciones de merecimiento, son razones de justicia las que

¹⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN, José. 2003. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico: bases político-criminales. [en línea] Revista de Derecho Penal y Criminología. 2003. N° 11. <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-11-5030&dsID=Documento.pdf>> [consulta: 3 de febrero 2014]. p.112.

¹⁷² MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A. p.162.

¹⁷³ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.13.

llaman a individualizar y considerar como realidades de especial significación aquellas que tienen un importante arraigo en la conciencia social. Por tanto, al considerarse que su afectación puede tener repercusiones de fuerte intensidad dentro de la esfera social, se autoriza la intervención de los instrumentos jurídico-penales”¹⁷⁴.

A la exigencia de merecimiento, es necesario sumar un segundo requisito: la necesidad de pena. “No basta que un bien posea suficiente importancia social para que proceda la intervención penal, sino que es preciso además, que no existan otros mecanismos de control menos lesivos y eficaces para la tutela de un bien jurídico determinado”¹⁷⁵. En este sentido, si existen otros medios de control social formales (Derecho Civil o Administrativo) o informales que puedan asegurar la consecución de iguales o mejores resultados que los buscados con la pena, deberá preferirse éstos antes que el Derecho Penal¹⁷⁶. “Una pena es inútil si las mismas metas de tutela se logran a través de otros medios menos costosos y aflictivos a los derechos de los ciudadanos”¹⁷⁷.

Al respecto, es ilustrativo aplicar dicho criterio a la salud pública como bien jurídico protegido en el delito alimentario nocivo. Las agresiones más graves

¹⁷⁴ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. 2000. Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, N°1. p.139.

¹⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y... *Op. Cit.* p.166.

¹⁷⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op Cit.* p.16.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

contra este bien jurídico –que serían las que, en principio, deben interesar al Derecho Penal– son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales. Si la sanción prevista para estas agresiones es simplemente económica sucede, que “la cuantía de esa sanción se integra en sus costos de producción”¹⁷⁸, careciendo las sanciones pecuniarias de suficiente efecto disuasivo para remplazar la intervención penal.

2.3. La salud pública como bien jurídico protegido

Desde un primer acercamiento al concepto de salud pública, la doctrina mayoritaria la ha relacionado con determinadas condiciones de salubridad del medio general en el que la persona se desenvuelve, las cuales constituirían un interés digno de protección por el derecho al integrar un presupuesto elemental para una vida humana digna y para el desarrollo de los ciudadanos a través del ejercicio de los derechos y libertades que le son reconocidos constitucionalmente¹⁷⁹. Así, Muñoz Conde la define como “un conjunto de condiciones que de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”. En sentido similar se pronuncia el Tribunal Supremo Alemán al conceptualizarla como “el conjunto de condiciones positivas y negativas que

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p.166.

garantizan la salud de los integrantes de una comunidad”¹⁸⁰. Los ilícitos contra la salud pública serían de acuerdo con los conceptos planteados de forma precedente, delitos contra esas condiciones.

Desde una perspectiva distinta, parte de la dogmática ha definido a la salud pública como la “suma de saludes individuales”, con el objeto de enfatizar el estrecho vínculo que la uniría con el interés microsocial que le sirve de sustento. En este sentido, señala Carrara que “existe un derecho particular que corresponde al interés que tiene el individuo, de que no se le perjudique la salud corporal, no sólo por la acción directa de una mano enemiga, sino también por la infección de aquellas sustancias (aire, agua, víveres) que son alimentos indispensables y continuo de sus fuerzas vitales”¹⁸¹; sin embargo, cuando estos intereses particulares se contemplan “en relación a una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, ese derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente todos las necesitan o las aprovechan, o porque un número indeterminado de ellos puede acreditarlas o aprovecharlas”¹⁸².

¹⁸⁰ Sigue esta opinión la STS 1210/2001 (Sala de lo Penal), de 11 junio: “El artículo 364.2 no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la “suma de las saludes individuales”. GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p. 71. (Nota al pie N° 34).

¹⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p 38.

¹⁸² *Ibíd.*

No obstante, pese a la utilidad que presentan estas definiciones como aproximación preliminar al tema, lo cierto es que sólo permiten trazar un bosquejo vago e impreciso¹⁸³ del concepto de salud pública, de escaso valor técnico-jurídico por sí mismos, proyectándose como elementos de análisis estériles para dotar al bien jurídico de un contenido sustantivo específico¹⁸⁴ que permita situarlo como eje central del injusto en torno al cual se estructura la exégesis de la norma. “En buena parte, la imprecisión del concepto ‘salud pública’, que con frecuencia los autores han puesto de relieve, proviene del desesperado intento de conciliar aspectos propios de un bien jurídico individual (la salud), con los perfiles característicos de un bien jurídico colectivo, olvidándose [...] que con ello ‘pierde todo su sentido la función exegética del bien jurídico, y hasta la finalidad misma de su hallazgo’”¹⁸⁵.

Así, el concepto de salud pública por si solo resulta insuficiente, pues sólo establece un marco conceptual cuyos elementos pueden ser rellenos con diversos contenidos, dependiendo del referente axiológico del que se realice la interpretación, mostrándose como una definición extremadamente permeable y laxa para otorgar seguridad jurídica y limitar el carácter contingente de la norma

¹⁸³ KUHLEN, Lothar. 2003. El Derecho penal del futuro. En: ARROYO L., NEUMANN U. y NIETO A. *Op Cit.* p. 226.

¹⁸⁴ La amplitud y excesivo formalismo que presenta la definición de salud pública, permite que líneas dogmáticas que sostienen posiciones antagónicas respecto a la naturaleza y alcance de la salud pública adopten la misma definición. Así sucede con la conceptualización de salud pública que utilizan aquellos autores que defienden la total autonomía de este bien jurídico respecto a la salud individual y aquellos que le conceden un carácter puramente instrumental e incluso le niega toda autonomía.

¹⁸⁵ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* pp.186 y 187.

penal. “De este modo, el punto neurálgico del debate estriba en determinar si la salud pública se configura como un bien jurídico colectivo autónomo, o si por el contrario, es un bien jurídico dependiente de la salud individual”¹⁸⁶.

Debido a la importancia que reviste para este trabajo la caracterización de la salud pública como bien jurídico colectivo, y la relación que se establece entre esta última y los bienes jurídicos individuales, nos avocaremos a la revisión de las distintas teorías que han intentado desentrañar la naturaleza de dicha relación a la luz del grado de autonomía que se les concede a los intereses de carácter macrosocial. Cabe destacar que adentrarnos en el estudio de los vínculos que unen a bienes de carácter macro y micros social excede un interés puramente dogmático, ya que las consecuencias de optar entre una u otra teoría se proyectan a las distintas sedes de estudio del tipo penal, como por ejemplo, su clasificación como delitos de peligro o de lesión, la existencia o no de una antijuridicidad propia, las reglas concursales aplicables¹⁸⁷ y el momento consumativo.

¹⁸⁶ ESCOBAR VÉLIZ, Susana. 2012. La responsabilidad penal por productos defectuosos. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. p.71.

¹⁸⁷ Cabe hacer presente que en nuestro país, el problema del concursal ideal de delitos se resolverá en virtud de lo dispuesto en el artículo 75° del Código Penal, el que establece que en el caso que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro, sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

2.3.1. Principales teorías respecto a la naturaleza jurídica de la salud pública como bien jurídico colectivo

En atención al ingente debate que ha presidido la discusión respecto a la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, sistematizaremos el sinnúmero de opiniones vertidas por la doctrina en tres grandes categorías, las cuales según entendemos, representan las principales directrices en torno a las que se mueve la amplia gama de aportes dogmáticos que nutren esta discusión. “Para un sector de la doctrina, la necesaria referencia a la salud del individuo como origen de la tutela, imposibilita la aceptación de la salud pública como interés autónomo”¹⁸⁸, siendo una simple metáfora conceptual directamente reconducible al conjunto de saludes individuales¹⁸⁹. Para otros, la salud pública constituye un interés complementario a la salud individual, justificándose su tutela penal en la necesidad de brindar una protección anticipada y reforzada de la salud personal, de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos¹⁹⁰. Finalmente, las opiniones más vanguardistas, estiman que “las relaciones socio-jurídicas actuales permiten considerar este bien jurídico como un concepto diferenciado de la salud personal, es decir como un bien jurídico

¹⁸⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p.71.

¹⁸⁹ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.7.

¹⁹⁰ PADOVANI, Tullio. 1984. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Revista Dei Delitti E Delle Pene.* p. 117. Citado en: CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* pp.5 y 7; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* pp. 167 y 168.

colectivo con entidad propia”¹⁹¹, el cual tiende a vincularse a la seguridad en el consumo.

Desde el punto de vista metodológico, abordaremos el estudio de cada una de estas hipótesis, comenzando por las consideraciones dogmáticas respecto a la legitimidad e independencia de los bienes jurídicos colectivos –dando énfasis a la relación existente entre intereses macro y microsociales–, para luego aplicar las conclusiones extraídas de dicho análisis a la salud pública. Para finalizar el estudio de cada categoría, efectuaremos una breve revisión de las consecuencias que se proyectan en la *praxis* jurídica al momento de adoptar una u otra línea dogmática.

2.3.1.1. Bienes jurídicos colectivos como objetos de protección carentes de autonomía

Dentro de las corrientes dogmáticas aquí agrupadas, encontramos aquellas líneas doctrinarias que proponen una visión personalista¹⁹² del bien jurídico: entienden que solo los bienes jurídicos individuales se sustentan en una realidad empírica susceptible de ser referida a intereses concretos del

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² Sobre este punto, Hefendehl señala: “[h]ay autores que sostienen una teoría personalista del bien jurídico, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. Puede hablarse de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad, pero no de bienes jurídicos colectivos en sí mismos”. HEFENDEHL, Roland. 2002. *Op. Cit.*p.6.

individuo¹⁹³⁻¹⁹⁴, y por tanto, sólo estos son dignos de la tutela del Derecho Penal. Consideran que los bienes supraindividuales constituyen objetos ficticios de protección, en donde no es posible identificar un comportamiento socialmente lesivo que justifique la intervención del *ius puniendi*.

En este sentido, Padovani señala que los bienes jurídicos colectivos constituyen simples “metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo”¹⁹⁵. Se trataría de “condiciones ideales, normativas y abstractamente definidas”¹⁹⁶, que buscan la protección de “funciones” (instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica)¹⁹⁷ o la tutela anticipada de intereses microsociales,

¹⁹³ GRACÍA MARTÍN, Luis. 2011. La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno. [en línea] Revista Jurídica Facultad de Derecho Universidad Católica de Guayaquil. 2011(29)

<http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=755&Itemid=27> [consulta: 21 enero 2014].p.284.

¹⁹⁴ Al respecto, señala Machado: “[a] esta concepción se oponen Hassemmer y Terradillos Basoco, entre otros. Ambos autores consideran que se vulneran principios garantistas si el bien jurídico sujeto a protección no se fundamenta materialmente en una realidad individual, y es esta la razón de que los bienes colectivos carezcan de autonomía funcional”. MACHADO, Mariela. 2010. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos... *Op. Cit.* p.4.

¹⁹⁵ PADOVANI, Tullio. 1984. *Op. Cit.* p. 117. Citado en: CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.5

¹⁹⁶ Se precisa que, a diferencia de los bienes jurídicos individuales, los intereses macrosociales sólo se podrían definir de un modo vago e impreciso, no existiendo claridad respecto al objeto jurídico tutelado. Esta desmaterialización del concepto de bien jurídico, permite admitir su existencia de a partir de cualquier substrato inmaterial al que se le atribuya un valor, diluyéndose la función de garantía de esta institución –como límite al *ius puniendi*– abriendo una puerta al legislador para la creación indiscriminada de bienes jurídicos, según las necesidades políticas criminales que dicte la contingencia”. GRACIA MARTÍN, Luis. 2003. Prolegómenos para la lucha... *Op. Cit.* pp.130 y 131.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

a través de técnicas de imputación que permitan un adelantamiento de la barrera punitiva.

Adscribiendo a esta línea argumentativa, Terradillos Basoco niega la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en base a su falta de sustantividad y carácter meramente instrumental: “[n]o puede construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables los bienes individuales. El bien jurídico colectivo más bien, constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales, auténticos objetos de tutela de la norma penal”¹⁹⁸.

Dentro de esta categoría, podemos distinguir dos tendencias: la primera de ellas, entiende que los intereses colectivos no deben ser objeto de tutela penal –negándole incluso algunos autores el estatus de bien jurídico–, pues se trataría de meras abstracciones normativas, tras las cuales no sería posible identificar una realidad material más allá de los intereses individuales que le sirven de sustento. De este modo, su protección penal vulneraría el principio de intervención mínima, piedra angular en la que se cimienta esta rama del ordenamiento jurídico, y que establece que “el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más

¹⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.66.

importantes”¹⁹⁹, sin que en el caso de los intereses macrosociales pueda existir una verdadera vulneración del objeto protegido, pues dichas figuras normativas carecen de una materialidad que las haga susceptibles de ser lesionadas.

En este sentido, se ha señalado que al legitimar la protección de estos nuevos bienes jurídicos universales o colectivos, se estaría propiciando un proceso de “[d]esmaterialización del bien jurídico –o del concepto del mismo– lo que significa que cabe admitir ya la existencia de un bien jurídico a partir de cualquier substrato social inmaterial al que se le atribuya un valor”²⁰⁰, lo que privaría al bien jurídico de su función limitativa de la intervención penal.

Por otro lado, encontramos una segunda línea dogmática que postula una visión menos rígida y más utilitarista, aceptando la existencia de intereses colectivos, siempre y cuando sirvan en la protección previa y reforzada de bienes jurídicos individuales. En esta tesitura, Hassemer justifica la existencia de los intereses macrosociales “sólo en la medida que se correspondan con los intereses –conciliados– del individuo”²⁰¹, es decir los funcionaliza a partir de la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre²⁰². Esta postura tiende a confundirse con aquella categoría que sostiene que los bienes jurídicos colectivos son complementarios

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2007. *Op. Cit.* p.70.

²⁰⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. 2003. Prolegómenos para la lucha... *Op. Cit.* p.131.

²⁰¹ HASSEMER, Winfried. 1989. *Op. Cit.* p.281.

²⁰² *Ibíd.*

de los individuales, siendo –desde un primer acercamiento al tema– muy difícil establecer la línea divisoria que separa ambas tesis.

En virtud de lo anterior, es preciso preguntarnos: ¿cuáles son las características fundamentales que distinguen y otorgan unidad a esta categoría? Al respecto, podemos aventurar como hipótesis, que el pilar fundamental que determina esta sistematización, es la concepción de los bienes jurídicos colectivos como objetos de protección carentes de contenido e injusto propio, distinto de los bienes jurídicos individuales que le sirven de soporte. En efecto, si bien los intereses macrosociales presentarían como características distintivas un sujeto pasivo múltiple e indeterminado y ser indisponibles²⁰³, no serían sustantivamente distintos de los intereses microsociales, por lo que los tipos penales establecidos para su protección carecerían de antijuridicidad material²⁰⁴. En palabras de Zaffaroni, “no hay bienes jurídicos supraindividuales

²⁰³ Respecto a la caracterización de los bienes jurídicos colectivos como intereses con un sujeto pasivo múltiple e indeterminado, Antonio Doval señala que lo distintivo de los ilícitos contra la salud pública, no es propiamente tener un sujeto múltiple e indeterminado *ex ante* (común a todos los ilícitos como consecuencia de la abstracción de toda norma jurídica), sino que dicha indeterminación se mantiene luego de perpetrado el ilícito: “En los delitos contra la salud pública (como también sucede en otros en que se utiliza esta misma técnica de protección) la referencia indiscriminada al sujeto pasivo permanece después de la ejecución del hecho típico. Es decir, que su peculiaridad consiste en lo indeterminado no sólo *ex ante* (rasgo que tienen en común, por otro lado, con los tradicionalmente conocidos como delitos contra las personas y en general todos los delitos del código en el momento de la abstracta conminación penal; y, por otro, con los delitos imprudentes en el momento de la realización misma de la acción), sino también *ex post* (esto es, lo indeterminable), de los sujetos cuya salud ha sido puesta en peligro. una indeterminación que se extiende, pues, por esta última razón, al concreto titular del bien jurídico atacado, cuya identidad nunca se llegará a conocer. Pero estos son aspectos que escapan de los perfiles propios del bien jurídico”. DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* pp. 247 y 248.

²⁰⁴ La doctrina distingue la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, mientras que la primera se refiere a la “simple contradicción del comportamiento típico y el Derecho, o sea por su disconformidad con las órdenes o prohibiciones que imperativamente prescribe, sólo

diferentes cualitativamente de los individuales, puesto que lo que existe son bienes jurídicos de sujeto múltiple, de los que nadie puede disponer individualmente en forma que afecte la disposición de otro”²⁰⁵.

2.3.1.1.1. La salud pública como interés supeditado a la protección de la salud individual y la vida

Establecidas las principales directrices que sustentan y dan forma a esta categoría, corresponde analizar la salud pública como bien jurídico colectivo, a la luz de las conclusiones extraídas de este análisis.

“En la indagación del concepto salud pública, una dirección bastante arraigada vino a definirla como la ‘suma de saludes individuales’”²⁰⁶, con lo que se alude a la base material sobre la que se asienta este objeto de protección²⁰⁷. “La salud pública vendría a significar tan sólo una dimensión del bien jurídico

considera el desvalor del acto. En la antijuridicidad material, la verdadera naturaleza del injusto radica en el resultado del delito –no de la acción-, o sea en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en el contraste del acto con los intereses sociales (...). Antijuridicidad material es la lesividad social del comportamiento, el riesgo que crea o concreta respecto de intereses apreciados como imprescindibles por la sociedad, como la vida, la propiedad, la fe pública, etc.”. GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Derecho Penal. Parte general. Tomo II. Noción fundamentales de la teoría del delito. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp 138 y 139.

²⁰⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.44.

²⁰⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.43.

²⁰⁷ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p.239.

salud individual, su aspecto social, negándole una naturaleza propia y diferenciada”²⁰⁸.

Dicha dimensión social es la que explicaría la “construcción de un derecho a la salud de carácter público, colectivo, compartido igualmente por todos los miembros de la comunidad; pero esto no implica la existencia de un interés cualitativamente distinto e independizado del derecho que le sirve de base, la salud individual. Es, precisamente, el interés del individuo en la conservación de la salud lo que hace que este se erija en un objeto cuya protección interesa a toda la colectividad. Así, pues, la salud a la que se refiere este derecho social tiene un contenido material idéntico en su esencia, al de la salud individual”²⁰⁹. “Aunque la salud pública tiene un campo de aplicación distinto, proviene del uso material de un bien individual, que se defiende contra cualquier daño, y pasa a significar ‘el disfrute ideológico de un beneficio colectivo’ contra el cual no se puede realmente atentar, pero que puede ser virtualmente comprometido por un acto ilícito”²¹⁰.

Al respecto, Doval ha señalado que “si bien el objeto de protección es el mismo en los delitos contra la salud pública y en los delitos de lesiones (o, incluso, homicidio), lo que diferencia a unos delitos de otros es la distinta

²⁰⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* pp.43 y 44.

²⁰⁹ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p.180.

²¹⁰ *Ibíd.*

protección que le otorgan. Y, precisamente, el modo en el que se articula normativamente esta protección jurídico penal de la salud, hace que en ocasiones se asignen al bien jurídico protegido propiedades que no le pertenecen, sino que corresponden a la estrategia diseñada por el legislador para su defensa. Así sucede con el carácter público que se predica de la salud, que proviene sólo del tipo de ataques frente a los que se trata de defender la salud individual”²¹¹.

En definitiva, podemos concluir que esta postura acepta la existencia de la salud pública, pero no como un bien jurídico nuevo (con un contenido e injusto propio), sino como una técnica legislativa “que encuentra su razón de ser en la protección previa y reforzada de la salud individual (y en última instancia de la vida); y por consiguiente presenta un carácter meramente instrumental o medial en el sistema diseñado por el legislador para la protección de bienes jurídicos individuales”²¹². Así, “aunque se le atribuye al bien jurídico salud pública un carácter colectivo, se pone en un primer plano la finalidad la protección de bienes jurídicos individuales, de manera que la referencia al bien jurídico colectivo es sólo una abstracción conceptual que alude, por una parte, al conjunto de intereses individuales centrados en la protección de la salud y de la

²¹¹ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* pp.246 y 247.

²¹² DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p.251.

vida y, por otra parte, al carácter colectivo del ataque para cuyo castigo se necesita una particular técnica legal”²¹³.

2.3.1.1.2. Consecuencias prácticas de sostener la nula o escasa autonomía de la salud pública respecto de la salud individual

Con el objeto de contextualizar este análisis en la *praxis* jurídica, es preciso señalar dos consecuencias prácticas de enorme relevancia que implican sostener esta postura:

a. Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro. En primer lugar, adoptar esta teoría supone la calificación de los delitos contra la salud pública como delitos de peligro y no de lesión. En efecto, al configurarse estos bienes jurídicos como una técnica legislativa de protección mediatizada de la salud individual y la vida, es decir, como una fórmula que permite un adelantamiento de la barrera punitiva, lo verdaderamente tutelado es el bien jurídico individual. Así, la salud pública constituiría simplemente una herramienta legislativa que “sirve de barrera protectora o anticipo de protección de un bien jurídico de carácter individual al que se encuentra conectada, la salud individual”²¹⁴, pero que por sí mismo, no constituye un interés digno de

²¹³ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.*p.408.

²¹⁴ ARENAS RODRIGÁÑEZ, María Paz. 1992. Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios. Madrid, Editorial Edersa. p.104.

tutela que posea una materialidad que haga posible su lesión. En este sentido Doval Pais ha señalado que “[e]l anticipo que dispensa esta categoría conceptual de bienes jurídicos protegidos consiste en que posibilita la reacción penal ante determinadas conductas peligrosas para bienes jurídicos individuales. Por eso, no debe extrañar que la mayor parte de los delitos contruidos a partir de bienes jurídicos de esta clase adopten la configuración de delitos de peligro (muchas veces abstracto)”²¹⁵.

b. Solución concursal: concurso aparente de leyes penales. Desde el punto de vista funcional, la segunda consecuencia dice relación con las reglas concursales aplicables cuando el peligro se verifica en un resultado dañoso, es decir, al concurrir junto al delito de peligro –que protege el bien jurídico colectivo salud pública–, un delito de lesiones contra la salud individual o la vida. Frente a estas hipótesis, debemos resolver si castigamos o no de forma diferenciada tanto el riesgo realizado como el resultado producido, para lo cual es fundamental determinar si concurre un concurso ideal de delitos o un concurso aparente de leyes penales.

La elección entre una u otra alternativa²¹⁶ no estará desprovista de cuestiones valorativas, sino que por el contrario, dependerá precisamente de la

²¹⁵ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p.251.

²¹⁶ En la práctica, distinguir entre el concurso ideal de delitos y aparente de leyes es complejo, ya que en ambos casos nos encontramos con un sólo hecho que puede ser subsumido en más

posición que sostengamos respecto a la autonomía de los bienes jurídicos colectivos. Si consideramos que los bienes jurídicos colectivos poseen un ámbito de protección propio, cuando una misma acción de lugar a un delito de peligro y uno de lesiones, en principio existiría un concurso ideal de delitos (y no de leyes), pues los bienes jurídicos protegidos en ambos ilícitos son distintos, por lo que el desvalor de uno de los tipos, no absorbe ni consume el desvalor del otro. Por el contrario, si consideramos que los intereses de orden macro social carecen de autonomía (como plantea la teoría expuesta en este apartado), al producirse el delito de lesión se traspasa la barrera de protección que dispensa el delito de peligro respecto al bien jurídico individual, configurándose por tanto un concurso aparente de leyes, ya que al encontrarse el tipo de peligro teleológicamente subordinado a la tutela de intereses microsociales, el tipo de lesión abarca por completo el injusto del acto ilícito.

Así, debido a que los delitos contra la salud pública no presentan un ámbito de

de un tipo penal. Al respecto, José Hernández Plasencia ha señalado: “Un problema fundamental del concurso aparente de leyes penales estriba en su diferenciación del concurso ideal de delitos, pues aunque en ambos es básica la apreciación de un único hecho, en este último se realizan y se aplican conjuntamente los varios tipos penales concurrentes. El concurso ideal de delitos tiene lugar pues en los casos en que una misma acción da lugar a que varios preceptos penales se apliquen a la vez porque ninguno de ellos por separado llega a absorber completamente el desvalor total de la acción, apreciándose dos o más delitos”. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. 1994. Delitos de peligro con verificación de resultado ¿concurso de leyes? [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 45, fasc/mes 1. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46450>> [consulta: 27 de febrero de 2014]. p. 177. Por su parte, Garrido Montt estima que: “En el concurso aparente de leyes hay una actividad delictiva; esta circunstancia lo haría más asimilable al concurso ideal, donde se da a su vez una única actividad, pero la diferencia entre uno y otro radica en que en el ideal ese comportamiento único constituye coetáneamente dos o más tipos penales que subsisten limpiamente, sin rechazarse entre sí, mientras que en el concurso aparente, aun cuando hay también un comportamiento único, este debe subsumirse en un sólo tipo penal, si bien en apariencia aparecen otros tipos comprendiéndolo: al abarcarlo uno, los restantes quedan marginados”. GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Derecho penal parte general. Tomo II. *Op. Cit.* p.457.

protección propio y específico, al castigarse la acción por ambos ilícitos, se estaría violando el principio *non bis in idem*, ya que en el fondo, el bien jurídico protegido por el delito de peligro y el de lesiones es el mismo: la salud individual y en última instancia la vida²¹⁷.

Bajo esta comprensión, sería inevitable identificar los delitos que afectan al bien colectivo con la puesta en peligro de bienes individuales, lo que no sólo hace innecesario pensar en una dogmática de los bienes colectivos al carecer estos de un injusto propio, sino que además determinaría, en caso de resultado lesivo, que dicho peligro quede completamente absorbido por la lesión, operando por ende un mero concurso de leyes o de normas²¹⁸⁻²¹⁹.

²¹⁷ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.17. Sobre el mismo, Caro Coria, ha señalado que sostener que los bienes jurídicos colectivos carecen de autonomía “equivaldría a erigir la prohibición penal en función de la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos individuales [...]. Bajo esta comprensión, sería inevitable identificar los delitos que afectan al bien colectivo con la puesta en peligro de bienes individuales, lo que no sólo hace innecesario pensar en una dogmática de los bienes colectivos al carecer estos de un injusto propio, sino que además determinaría, en caso de resultado lesivo, que dicho peligro quede completamente absorbido por la lesión, operando por ende un mero concurso de leyes o de normas”.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Para graficar los problemas a los que se ve enfrentado el juez en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo es esclarecedor citar el caso del delito alimentario nocivo, en el ejemplo otorgado por Dino Caro Coria: “Ante la comisión de un delito contra la salud pública consistente en la fabricación y venta de un producto humanamente comestible pero nocivo, de modo que un número indeterminado de ciudadanos han sufrido lesiones leves o graves y otros fallecen, el juez, al momento de determinar la pena para los infractores de la norma penal, y dada la ausencia de una regla general en la ley penal, debe optar entre varias alternativas que derivan de dos orientaciones generales: A) estimar que se configura un mero concurso de leyes penales, entre las normas que penalizan la puesta en riesgo del bien colectivo salud pública y la lesión de bienes individuales homicidio, lesiones, de forma tal que las únicas normas aplicables al caso son las que tutelan bienes individuales, pues éstas absorben el disvalor que subyace a la puesta en peligro del bien colectivo. En ese sentido, las penas a imponer en el caso hipotético serían las del homicidio en concurso con las del tipo de lesiones, quedando por definir si tal concurso es real o ideal. B) entender que, sin violarse el *non bis in idem*, opera un concurso de delitos entre el que afecta al bien colectivo y los que vulneran a los bienes individuales, dado que el disvalor del hecho no puede ser abarcado por uno sólo de ellos sino

2.3.1.2. Bienes jurídicos colectivos como complementarios de los individuales

Siguiendo en la indagación sobre la salud pública como bien jurídico colectivo y en el afán por definir su significado y naturaleza jurídica, se encuentra una segunda corriente dogmática, que lo propone como una figura complementaria de la salud individual.

Esta teoría nace a partir de la crítica que se realiza a la concepción del bien jurídico como una entidad con orientación individualista, en la que los valores de la comunidad están abocados exclusivamente al servicio de los valores de la personalidad²²⁰. Sostienen que si bien, en pleno surgimiento del Estado democrático se puso acento en los bienes jurídicos que giran en torno a la persona, ello de ninguna forma implicó desconocer bienes jurídicos de diferente naturaleza²²¹: el Estado simplemente no se vio en la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos económicos y sociales²²². Sin embargo, luego de los cambios ocurridos a nivel mundial por las crisis post guerras, se produce

conjuntamente. En este supuesto deberá también establecerse la naturaleza ideal o real del concurso". *Ibid.*

²²⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. 2004. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos contra el medio ambiente. [en línea] Medio Ambiente y Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental. 2004, N° 11. <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/dnc03.pdf>> [consulta: 28 de febrero de 2014].

²²¹ Sobre este punto, Cristina Méndez sostiene: "...se afirma, que no se trata en general de nuevos bienes jurídicos, sino de nuevas formas de protección de bienes jurídicos individuales ante las formas cada vez más sofisticadas de ofensa". MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.31.

²²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 189.

un dinamismo inusitado en la sociedad, lo cual genera un cambio de orientación del Estado hacia una perspectiva de carácter intervencionista, social y democrática de Derecho. Por tanto, se forja un área que ya no sólo se preocupaba de manera exclusiva del individuo, sino que también se enfocaba en los procesos socio-económicos²²³.

Bajo esta línea de ideas, surge la definición de bienes jurídicos colectivos del célebre tratadista Bustos Ramírez, concebida “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social²²⁴, esto es, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir, para que justamente puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones del mismo; las relaciones microsociales, los llamados bienes jurídicos individuales”²²⁵. En efecto, se entiende que el Estado debe intervenir no sólo tomando como referencia exclusiva a la persona, sino que también debe considerar a la colectividad²²⁶, lo cual repercute en la aparición de determinados bienes dignos de protección, tales como el medio ambiente, la salud pública, la libertad sindical, etc.

²²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 199.

²²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 197.

²²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 199.

²²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 482.

Por tanto, “no quiere indicarse que se pierda de vista al individuo, sino que estos bienes jurídicos colectivos surgen precisamente como fórmulas de protección mediatizadas de los bienes jurídicos individuales o personales a los que complementan. Su afección impide el desarrollo real y efectivo de los tradicionales bienes jurídicos individuales, siendo una forma de campo previo de protección de éstos”²²⁷.

Así las cosas, se hace ineludible precisar el contenido de los mismos, que viene dado por estar estrechamente ligado al funcionamiento del sistema²²⁸, pues ya no tratan sólo de relaciones sociales básicas dentro del mismo²²⁹, sino que además prestan una serie de utilidades a otros bienes jurídicos²³⁰. En definitiva, “se configura una relación teleológica entre bienes jurídicos colectivos e individuales, ya que los primeros sirven para la conservación de los bienes jurídicos tradicionales, cumpliendo de esta forma una función de contención de riesgos, de modo que si el bien jurídico colectivo se encuentra libre de peligros, se verá asegurado el desarrollo de las funciones que tiene que desempeñar en el sistema social el bien jurídico complementado”²³¹.

²²⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op Cit.* p. 52.

²²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* pp. 195 y 199.

²²⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.422.

²³⁰ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.423.

²³¹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.426.

Dentro de las hipótesis que plantea esta corriente dogmática, destacamos aquella que se hace cargo de la importancia de consagrar una total autonomía y “posibilidad de lesión de los mismos, sin necesidad de exigir un efecto simultáneo sobre bienes jurídicos individuales”²³². “Esto no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues partiendo de la clasificación de Bustos Ramírez, los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva”²³³.

En definitiva, se produce una clara diferencia con los llamados bienes jurídicos tradicionales de corte individual, pues éstos últimos no admiten quedar involucrados en el quehacer diario, y por ello sus afecciones sólo pueden ser puntuales y de carácter estrictamente personal (aun cuando en algún caso puedan ser varios los afectados); “en cambio, las afecciones a estos nuevos bienes jurídicos afectaran siempre a una masa de individuos o por lo menos a

²³² RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.425.

²³³ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.7.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.34.

un colectivo”²³⁴. Si respecto del bien jurídico colectivo se reconociera exclusivamente una realidad individual, penalizándose sólo aquellas actuaciones que vulneran por ejemplo, la vida o la salud, la intervención del *ius puniendi* se retardaría, proyectándose como un herramienta inútil desde una perspectiva preventiva al permitir que tales riesgos –quizás soslayables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos– se materialicen en resultados lesivos; en este caso, la pena no cumple ninguna función utilitaria, limitándose sólo a la mera retribución por el hecho²³⁵. “Si a ello se añade que aún se desconoce científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales, es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada”²³⁶. Por ello, las propuestas de “limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquellos que tuviesen claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el Derecho Penal garantista, supone reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales, cada vez más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas”²³⁷.

En síntesis, y haciendo nuestras las palabras de Caro Coria, lo expuesto puede resumirse como sigue: “[l]os bienes jurídicos colectivos tienen autonomía

²³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p. 195.

²³⁵ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op.Cit.*p.18.

²³⁶ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.6.

²³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 1997. El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. [en línea] Revista Jueces para la Democracia. Noviembre, 1997. Nº 30. <<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2030%20noviembre%201997.pdf>> [consulta: 10 febrero, 2014]. p.18.

frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos, debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto”²³⁸.

2.3.1.2.1. La salud pública como bien jurídico complementario de la salud individual y la vida

Luego de analizar los principales lineamientos expuestos por esta línea dogmática sobre lo que se entiende por bien jurídico colectivo, es menester analizar la salud pública en concomitancia con las propuestas establecidas.

Que la salud pública se conciba como un bien complementario de la salud individual, subraya indiscutiblemente su dimensión social, “delimitando de esta manera las condiciones necesarias para que otros bienes jurídicos involucrados

²³⁸ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op.Cit.*p.11.

en dicho espacio se desenvuelvan correctamente”²³⁹. Respecto del calificativo “pública”, necesariamente nos lleva a comprender que la salud ya no se considera sólo como un estado individual, “sino que también como un nivel de salud alcanzado por el colectivo de referencia”²⁴⁰. En palabras de Pérez Álvarez “el individuo en la relación que mantiene con la salud pública, es absorbido y difuminado en la colectividad, siendo sólo a la ofensa a la colectividad la relevante”²⁴¹. En consecuencia, “se pone de manifiesto que su alcance supera la mera salud de sumas individuales”²⁴², configurándose como bienes ligados al funcionamiento del sistema, por lo cual la afección de éstos concernirá siempre a una masa de individuos; de ahí que los costes sociales sean muy elevados²⁴³ y que por tanto, requieran necesariamente de la intervención estatal.

Sin embargo, el carácter público atribuido a la salud como objeto de protección no constituye un criterio decisivo para ser tutelado por el Derecho Penal, ya que “una concepción del bien jurídico basada en este criterio, presenta una formulación más rudimentaria y menos autónoma respecto del individual que le sirve de base, hasta el punto de consistir casi en la trascendencia social que representa la afección a un bien jurídico cuyo sustrato

²³⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.420.

²⁴⁰ MONGE F., Antonia y GÓMEZ R., María del Carmen. 1997. Venta y manipulación ilegal de medicamentos. En: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente. Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. p. 86.

²⁴¹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.45.

²⁴² MONGE F., Antonia y GÓMEZ R., María del Carmen. 1997. *Op. Cit.* p.86.

²⁴³ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.422.

material sigue siendo el mismo que el individual”²⁴⁴. Como señala Rueda Martín, “con el señalamiento del carácter público de la afección del bien jurídico únicamente se pone de relieve que la mencionada afección producirá un efecto perjudicial a una masa de individuos o a un colectivo, aunque ello no tiene que ser un obstáculo para conceder autonomía al bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo respecto del bien jurídico vida o salud individual de las personas”²⁴⁵.

Por tanto, y siguiendo la tesis de Rueda Martín, el criterio decisivo para erigir a la salud pública como un bien jurídico legítimo de protección, es su “configuración como un espacio social, capaz de delimitar a su vez, las condiciones necesarias para que otros bienes jurídicos involucrados en dicho espacio, se desenvuelvan correctamente. Cuando estas condiciones [...] se desarrollan con normalidad, posibilitan a los demás bienes mayores posibilidades de rendimiento y aprovechamiento”²⁴⁶. De esta manera, la salud pública –y en general los bienes jurídicos colectivos– cumplirían una “función positiva, referida a la integridad de las condiciones de desarrollo y de aprovechamiento de otros bienes jurídicos”²⁴⁷.

²⁴⁴ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.412.

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.428.

²⁴⁷ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.429.

2.3.1.2.2. Consecuencias prácticas de sostener el carácter complementario de la salud pública respecto de la salud individual

En virtud de lo ya expuesto, cabe preguntarse cuáles son las consecuencias inmediatas que sustenta esta postura, en relación al tratamiento de diversas instituciones propias de la esfera penal.

a. Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro. Que “a los bienes jurídicos colectivos se les atribuya una naturaleza complementaria respecto de los individuales, no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse en relación a éstos últimos para definir su estructura”²⁴⁸. Es decir, la ordenación de estos ilícitos “no depende del bien jurídico complementado aunque el propio concepto de salud pública, y con ello la virtualidad de su afección, no pueda precisarse prescindiendo del contenido material de la salud individual”²⁴⁹. Si bien, teleológicamente el bien jurídico colectivo se encuentra subordinado al bien jurídico individual –en este caso en particular, a la vida o a la salud individual–, un Derecho Penal conformado exclusivamente por delitos de lesión respecto a estos intereses esenciales, llega demasiado tarde y se muestra como una herramienta estéril para cumplir

²⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 198

²⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.52.

con las finalidades preventivas que impone la sociedad altamente industrializada en que vivimos²⁵⁰.

Por tanto, esta protección se materializa mediante la instauración de los delitos de peligro, “constituyendo un plus de garantía para aquellos bienes individuales de entidad considerable que están sometidos a un mayor riesgo de lesión [...], adelantando las barreras de la punibilidad, y cumpliendo de manera más eficaz su función eminentemente preventiva”²⁵¹. “Una reacción penal retrasada [...] carecería tanto de utilidad como de legitimidad, es decir, no estaría justificada la necesidad y el merecimiento de pena respectivamente. En tal orden de ideas, [...] es inevitable reconocer la necesidad de instrumentar en la tutela de los bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro pero asociados siempre al respeto de los principios político-criminales”²⁵².

b. Solución concursal: concurso ideal de delitos. En segundo lugar, es importante tener en cuenta la determinación de las reglas concursales aplicables en este tipo de delitos. Para entender la solución utilizada, tomaremos como ejemplo el tipo contemplado en el inciso segundo del artículo 315 del Código Penal chileno. La materialización de este delito se verifica cuando se efectúan “adulteraciones en sustancias destinadas al consumo

²⁵⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.24.

²⁵¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. 1994. *Op. Cit.* p.120.

²⁵² VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.24.

público, de modo que sean peligrosas para la salud”. Es decir, se precisa la comprobación de un “riesgo de daño” a la salud, no siendo necesaria la ingesta de alimentos nocivos para entender consumados los delitos²⁵³. En otras palabras, el perjuicio como resultado lesivo no pertenece al ámbito del injusto²⁵⁴. “El daño (perjuicio) es un elemento que permanece fuera de la figura de la infracción, no es el resultado típico, sino un efecto del ilícito que no es necesario verificar para determinar que se produce el delito [...]; por tanto, no es necesario que el alimento sea consumido y produzca efectos perjudiciales en el sujeto individual, porque tales infracciones se incriminan como delitos de peligro donde no se exige la materialización de una lesión”²⁵⁵.

Hasta este punto, la consumación del delito no presenta mayores inconvenientes. Sin embargo, las dificultades surgen cuando además de verificarse un riesgo de daño a la salud de una colectividad, se produce una afección a la salud individual del consumidor, es decir, cuando “de un mismo hecho o unidad de acción, se producen dos resultados disvaliosos que vulneran dos bienes jurídicos”²⁵⁶. Normalmente “la perseguibilidad del delito se producirá cuando se hayan manifestado afecciones a la salud como consecuencia –por ejemplo– de la ingesta de alimentos nocivos”²⁵⁷.

²⁵³ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.219.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.220.

²⁵⁷ QUINTERO O., Gonzalo y MORALES P., Fermín. 2007. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. 6ª ed. Navarra, Thomson Aranzadi. p.1366.

En tal caso, procederá apreciar un concurso ideal (heterogéneo) de delitos “entre la infracción contra la salud pública y las correspondientes lesiones u homicidios dolosos –normalmente dolo eventual– o imprudentes según los casos”^{258,259}. Es decir, el concurso ideal de delitos se verificará cuando se materialicen dos resultados típicos: el peligro a la salud pública y la lesión a la salud individual²⁶⁰.

Frente al concurso ideal de delitos, nuestro Código Penal soluciona el problema aplicando el artículo 75, “de acuerdo con el cual el concurso ideal se castiga en conformidad al sistema de la absorción de penas, esto es, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave”²⁶¹.

Sin embargo, respecto a esta disposición en particular, el artículo 317 resuelve el conflicto, señalando que si como consecuencia “se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona, las penas corporales se elevarán en uno o dos grados, según la naturaleza y número de tales consecuencias, y la multa podrá elevarse hasta el doble del máximo señalado en cada caso”.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. 2010. Derecho Penal. Parte Especial. 18ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch. p.659. Asimismo, señala: “Con razón distingue Octavio de Toledo entre fraude alimentario “inocuo” y “nocivo”, estimando que sólo éste es objeto del delito contra la salud pública, mientras que el primero sólo da lugar a un delito económico o patrimonial”.

²⁶⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.220.

²⁶¹ BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. 2007. *Op. Cit.* p.214.

Ahora bien, pareciera ser que “[t]al solución concursal aparentemente choca con el sentido complementario que detenta la salud pública respecto de la individual. El resultado típico del delito alimentario nocivo implica la puesta en peligro (probabilidad de lesión) de la salud individual”²⁶². Es por ello que “[e]l legislador mediante los delitos contra la salud pública adelanta la protección penal de la salud de todos y cada uno de los miembros de la comunidad”²⁶³.

Admitir el concurso ideal cuando se conoce del concreto perjuicio y ataque a la salud individual, no implica que se vulnere el principio *non bis in idem*, ya que si bien existen dos resultados típicos, ello no se abarca con una única figura criminal. Por ejemplo, en el artículo estudiado, se desvalora tan solo la puesta en peligro, pero no la efectiva lesión²⁶⁴. En este sentido, Pérez Álvarez argumenta: “respecto de las figuras reconducibles a la salud individual o vida, pudiera objetarse que por sí solas ya cubren el desvalor de resultado típico de puesta en peligro y lesión efectiva al concreto perjudicado. Pero no podemos prescindir de la virtual afección a los demás individuos de la comunidad y de que la lesión al concreto individuo es ajena al tipo de fraude alimentario nocivo. La figura que incrimina la lesión a la salud individual no asume todo el desvalor del resultado en los demás sujetos de la colectividad cuya salud individual ha

²⁶² PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.220.

²⁶³ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.*p.221.

²⁶⁴ *Ibíd.*

sido puesta en peligro²⁶⁵”. Así, en los delitos contra la salud pública, “se adelanta la barrera de intervención penal al mismo momento de la adulteración del alimento, sin esperar a la concreta puesta en peligro de la salud de los consumidores”²⁶⁶.

En discrepancia con la postura anterior, existe un sector doctrinal minoritario que considera que se configura un concurso de leyes y no un concurso ideal de delitos, usando como premisa principal la relación de subsidiariedad entre los delitos de peligro y los de lesión²⁶⁷.

Sostienen que el desvalor total de hecho, es decir el “desvalor del comportamiento *ex-ante* riesgoso y los resultados de riesgo y lesión comprobados *ex-post*, están contenidos en los delitos que sancionan lesiones de bienes individuales, de tal forma que éstos subsumen el desvalor que subyace al delito de peligro, lo que explica la mayor pena que generalmente se prevé, por ejemplo, para delitos como el homicidio o lesiones, respecto de los ilícitos contra la salud pública”²⁶⁸.

²⁶⁵ *Ibíd.*

²⁶⁶ QUINTERO O., Gonzalo y MORALES P., Fermín. 2011. Comentarios al Código Penal español. Tomo II. 6ª ed. Navarra, Editorial Aranzadi S.A. p.913.

²⁶⁷ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.15.

²⁶⁸ *Ibíd.*

“No obstante, muchas veces puede suceder lo contrario, es decir que el peligro creado [...] no se haya agotado necesariamente en la realización de eventos lesivos contra determinados intereses individuales, dado que puede permanecer la amenaza de que se lesionen bienes idénticos pertenecientes a otras personas, e incluso otros diferentes a los ya vulnerados”²⁶⁹. “El hecho de que la lesión ocasionada no absorba la conducta de peligro previa se debe a que aquélla y ésta recaen sobre bienes jurídicos distintos que no se encuentran en la misma línea de progresión del ataque [...], generándose injustos de perfiles distintos que no pueden ser desclasificados por la sanción de uno solo de ellos”²⁷⁰. De este modo, existen muchos casos en los que el disvalor del delito de peligro supera ampliamente al disvalor del delito de lesión, razón por la cual, no puede establecerse como regla general que todo el disvalor del delito de peligro siempre sea absorbido por el injusto del delito de lesión²⁷¹.

Por tanto, “el *ratio* de protección del bien colectivo no se limita a la evitación de riesgos o lesiones para determinados bienes individuales, pues aunque tales lesiones se realicen, subsiste, gracias al bien colectivo, la desvaloración del peligro, al que fueron sometidos los bienes individuales no lesionados. Y dicha

²⁶⁹ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.16.

²⁷⁰ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 366.

²⁷¹ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p.17.

desvaloración no puede ser subsumida en el injusto de los tipos de lesión, limitados a una protección de orden microsocioal”²⁷².

2.3.1.3. Los bienes jurídicos colectivos como intereses de naturaleza jurídica autónoma

Para terminar el análisis de la salud pública esbozado en este apartado, corresponde exponer los fundamentos erigidos por aquella línea dogmática que aboga por la total autonomía y legitimidad de los bienes jurídicos colectivos²⁷³. Esta hipótesis corresponde a la de más reciente data en doctrina, y entiende que los bienes macrosociales presentan una naturaleza jurídica y un contenido sustantivo propio, negando el carácter complementario que –casi de forma unánime– les ha atribuido la opinión jurídica contemporánea, que si bien les reconoce autonomía, los funcionaliza en la protección previa y mediatizada de bienes jurídicos individuales.

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ Si bien se trata de una postura minoritaria, dentro de cuyos más destacados exponentes encontramos a Miretxu Corcoy Bidasolo, decidimos incluirla en este análisis debido a la riqueza académica de sus postulados, al lograr instituir una teoría coherente e integrada de los delitos de peligro, como categoría delictiva con contornos propios. Además, se trata de una hipótesis efectivamente nueva en sus contenidos, que se distancia de todo lo dicho anteriormente respecto a los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro, lo que nos permite hacer un contrapunto respecto a las categorías anteriores, y vislumbrar con claridad sus semejanzas y diferencias fundamentales. Por último, cabe señalar que la autora, goza de amplio reconocimiento académico, siendo recurrentemente citada en los trabajos respecto a este tema.

La valoración de estos intereses como objetos jurídicos con un *ratio* de protección específico e injusto propio, introduce un quiebre en la nutrida discusión teórica librada en sede penal respecto al tema, pues prescinde del bien jurídico individual como justificación última de la intervención penal, y busca el fundamento de legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales en la protección de la seguridad y confianza del ciudadano en el funcionamiento del sistema, como valores dignos de tutela, en tanto constituyen una *conditio sine qua non* para asegurar la conveniencia y desarrollo del hombre en sociedad²⁷⁴⁻²⁷⁵.

Desde una perspectiva sociológica, la configuración de la confianza y seguridad como bienes jurídicos de naturaleza autónoma, se explicaría a partir de la caracterización de la sociedad actual como una de riesgos, en la que éstos últimos, como ya hemos señalado, se manifiestan en situaciones tan cotidianas como comer, viajar o ingerir un medicamento, frente a lo cual, la

²⁷⁴ CORCOY, BIDASOLO, Mirentxu. 2003. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento... *Op. Cit.* p.35.

²⁷⁵ Sobre este punto, precisa Corcoy, que dentro de los bienes jurídicos colectivos -entendidos como entidades autónomas que tienen por objeto proteger la seguridad del ciudadano-, podemos distinguir desde el punto de vista sistemático, dos subcategorías: aquellos bienes jurídicos supraindividuales que sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto partícipe de esa sociedad (se trata de actividades que afectan, o pueden afectar, a todos los ciudadanos, por tratarse de sectores en los que cualquiera, por el mero hecho de vivir en esa sociedad, puede o tiene que intervenir); y aquellos que sirven al individuo a través de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles: se persigue aumentar la seguridad y confianza de quienes se encuentran o intervienen en sectores de actividad o sociales que están especialmente desprotegidos, y por ende son más proclives de ser dañadas. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp.208 y 209.

expectativa social de seguridad, es valorada por los ciudadanos como un derecho, que debe ser normativamente garantizado.

De este modo, “[c]uando se habla de ‘seguridad’ y ‘confianza’, como bienes jurídico-penales [...], no es en relación con la libre disposición de determinados intereses individuales, sino que esa exigencia de seguridad y confianza radica en que no se sobrepase el riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas, o la seguridad y confianza en el buen funcionamiento de las instituciones, como medio para que la persona se pueda desarrollar libremente en sociedad, es decir, como un bien jurídico-penal en sí mismo”²⁷⁶.

En síntesis, desde el punto de vista de la legitimidad de la protección de los intereses macrosociales a través del *ius puniendi*, sostener su total autonomía implica dotar a la norma penal de un contenido e injusto propio, cuyo *ratio* de protección específico estaría constituido por la tutela de la seguridad y confianza del ciudadano, como intereses penalmente relevantes en sí mismos, sin supeditar su configuración legislativa, ni funcional (como adelantamiento de la barrera de protección) ni teleológicamente, a la protección de bienes jurídicos individuales.

²⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p. 219.

2.3.1.3.1. La salud pública como bien jurídico colectivo de carácter autónomo, emancipado de la tutela de la salud individual

Partiendo de las directrices dogmáticas expuestas de forma precedente, surge el intento de caracterizar a la salud pública como un bien jurídico penal de naturaleza colectiva, dotado de entidad propia de la salud individual y con decididas pretensiones de autonomía²⁷⁷.

“Con este propósito, un amplio sector de la doctrina relaciona a la salud pública con determinadas condiciones que posibilitan [...] la conservación de la salud de los ciudadanos, elevando dichas condiciones a la categoría de bien jurídico protegido”²⁷⁸.

Se define así a la salud pública como el “conjunto de condiciones objetivas que defienden de posibles enfermedades a una pluralidad de personas’ o a ‘la resultante de una adecuada conjunción de todos los medios necesarios y adecuados para el desarrollo de la vida humana’ (RODRÍGUEZ RAMOS), [...] o a ‘un conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos’ (MUÑOZ CONDE)”²⁷⁹. Los ilícitos contra la

²⁷⁷ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* pp.188 y 201.

²⁷⁸ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 201.

²⁷⁹ *Ibíd.*

salud pública serían, de acuerdo con los conceptos planteados de forma precedente, delitos contra esas condiciones que garantizan la salud²⁸⁰.

Esta concepción de la salud pública, se vincula estrechamente a la noción de seguridad colectiva, bien jurídico referido al “conjunto de condiciones, garantizadas por el ordenamiento jurídico, que constituyen la seguridad de la vida, de la integridad personal y de la salud, como bienes de todos y cada uno, independientemente de la pertenencia a determinadas personas”²⁸¹. Así, la seguridad colectiva aparece como un concepto macro, que comprende entre otros bienes jurídicos, a la salud pública, la cual constituiría una esfera o dimensión de ese conjunto de condiciones necesarias e indispensables para la convivencia social en un plano primario. De este modo, la protección de la seguridad abarcaría sin duda la protección de la salud²⁸², la cual representaría un aspecto concreto de la seguridad colectiva que singularizaría la tutela de la inocuidad de ciertos medios de subsistencia, como son los alimentos, agua, medicamentos y en general los productos de consumo de cuyo contacto pueden derivarse menoscabos para la salud de las personas.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.39.

²⁸² Esta postura encuentra asidero en la sistematización que realiza nuestro Código Penal de los delitos contra la salud pública, los cuales se encuentra insertos, junto a otros ilícitos, en el Título VI “De los de los Crímenes y Simples Delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”. Asimismo, el Código Penal Italiano agrupa bajo la noción “*incolumnitá*” (seguridad) junto a otros delitos, a los delitos contra la salud pública.

En esta misma línea de ideas, un sector más vanguardista de la doctrina plantea que “el bien jurídico que efectivamente se protege en los delitos contra la salud pública es la seguridad en el consumo [...], pues se intenta tutelar la seguridad o confianza del ciudadano en que los productos a los que se puede acceder en el mercado no son perjudiciales para la salud, o que de la utilización normal de los mismos no puedan derivarse riesgos que vayan más allá de los propios de ese producto”²⁸³.

“Con la protección de la salud pública, el Estado lo que pretende es dar a los ciudadanos una seguridad en que los productos a los que puede acceder no son peligrosos para su salud, por lo que cuando en el mercado se ofrece un producto de esta clase, se ha lesionado el principio de confianza que el Estado trataba de proteger”²⁸⁴.

En una línea similar, encontramos a aquellos autores que plantean que el contenido sustantivo de la salud pública se concretaría, en mayor medida, en la tutela de la “calidad del consumo”²⁸⁵, como síntesis de las condiciones que han

²⁸³ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1996. Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro. En: MIR PUIG, Santiago y LUZÓN, PEÑA, Diego. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, J.M Bosch Editor. p.251.

²⁸⁴ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1996. Responsabilidad penal derivada del producto...*Op. Cit.* p.250.

²⁸⁵ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. *Op. Cit.* p.395 y 418.

de estar presentes para garantizar la inocuidad de los productos, en el concreto ámbito de los bienes de consumo²⁸⁶.

En este punto, es preciso detenernos para poner en evidencia –y alertar al lector– que afirmar que en la salud pública lo efectivamente tutelado es la seguridad o calidad en el consumo, sin duda constituye una propuesta altamente rupturista, pues pese a que la definición otorgada constituye un lugar común, tras ella se esconde una idea que viene a reformular por completo su contenido, circunscribiendo el fundamento de legitimidad del bien jurídico a un fenómeno histórico-social específico: la sociedad altamente industrializada y de consumo en que vivimos. Así, a la luz de estos postulados, suele señalarse que “[e]n una sociedad rural proteger la calidad de los alimentos carecería de sentido, porque se encuentran en su situación natural y todos pueden conocer en qué circunstancias están comprando esos productos; sin embargo, en una sociedad como la actual, en la que los alimentos llegan empaquetados, manipulados..., el ciudadano tiene que poder confiar en que ese alimento es, precisamente, lo que dice ser y que está en las condiciones que dice estar”²⁸⁷.

Esta concepción de los bienes jurídicos colectivos, y específicamente de la salud pública, se sustenta en los ideales de democratización, justicia material y

²⁸⁶ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* p. 252.

²⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p. 194.

libertad positiva que promueve el modelo de Estado social y democrático de Derecho²⁸⁸, en el cual este último debe intervenir activamente las disfunciones de los procesos económicos y sociales, a fin de propiciar las condiciones objetivas necesarias para garantizar a los ciudadanos un efectivo ejercicio de sus derechos²⁸⁹.

²⁸⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.24.

²⁸⁹ Sobre la consagración del ideario de Estado social y democrático de derecho en nuestra Carta Fundamental, Nash ha señalado: “El Estado social y democrático no tiene cabida en nuestro país, a pesar de los infructuosos esfuerzos que se esbozaron para cambiar la constitución de 1980 en el año 2005. Dentro de los argumentos que se señalaron para rechazar esta iniciativa, se sostuvo que adoptar esta enmienda constitucional le otorgaría al gobierno una marca o inclinación que no les parecía aceptable, aun cuando consideraban que los valores que envolvía la indicación sean admisibles en el texto constitucional. Ello nos obliga a mirar las posibilidades existentes hoy, a partir del propio texto constitucional y de la práctica jurisprudencial para construir un Estado Constitucional Ampliado en Chile. Si se hace una lectura exegética al texto constitucional, la conclusión puede ser devastadora. [...]. Los Derechos consagrados en la Constitución de 1980 tienen un énfasis en las libertades (entendidas como protección frente al Estado y suponiendo una omisión de su parte), sin que expresen un adecuado desarrollo en materia de Derechos de participación y Derechos sociales, como es característico del constitucionalismo actual. Los Derechos consagrados no recogen plenamente los Derechos de participación [...]. En cuanto a los Derechos de salud, educación y trabajo, son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como Derechos de prestación por parte del Estado. En efecto, dos de los Derechos que son clásicamente concebidos como Derechos de igualdad de facto, como lo son la salud y la educación, se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como Derechos exigibles directamente, como sí ocurre respecto de las normas vinculadas con las libertades negativas. [...] Reconociendo el problema, me parece posible hacer una relectura de las normas constitucionales para construir una interpretación constitucional que le dé sentido a la expresión “democracia” que contempla nuestro artículo 4º de la Constitución: “Chile es un república democrática”. NASH ROJAS, Claudio. 2011. Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca. [en línea] *Revista de Derecho y Humanidades*. 2011, N° 18. <<http://www.captura.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134121/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1>> [consulta 3 de marzo de 2014]. pp.77 y 78.

2.3.1.3.2. Consecuencias prácticas de sostener la naturaleza jurídica autónoma de la salud pública

Para terminar el estudio de las distintas teorías respecto a la naturaleza jurídica de los bienes supraindividuales, y en particular de la salud pública, es necesario revisar las consecuencias prácticas de sostener la total autonomía de estos intereses.

a. Los delitos contra la salud pública como delitos de lesión. La primera de dichas consecuencias (y según entendemos la principal), es que sobre la base conceptual que dispensa la hipótesis que defiende la total autonomía de los bienes macrosociales, se erige una nueva teoría general de los delitos de peligro, que –en torno a directrices dogmáticas de signo opuesto a las planteadas por la opinión jurídica mayoritaria– reconstruye el concepto, función y ámbito de protección de estos ilícitos, redefiniéndolos como tipos penales estructuralmente autónomos, cuyo contenido común –ya sean delitos de peligro abstracto o concreto– es la protección y lesión de un bien jurídico penal supraindividual²⁹⁰.

Desde esta perspectiva, si entendemos que los bienes jurídicos colectivos poseen un contenido sustantivo propio, el cual estaría configurado por el

²⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.373.

conjunto de condiciones que garantizan la seguridad y confianza de los ciudadanos en un determinado ámbito de actividad, cuando se comete un delito de peligro (en terminología clásica) no sólo se pone en riesgo, sino que se lesiona efectivamente el bien jurídico supraindividual²⁹¹, al afectar las condiciones o medios definidos por el legislador como indispensables para garantizar el libre desarrollo del hombre en sociedad.

Así, la calificación tradicional de “delitos de peligro”, sólo es comprensible “si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamientos de la barrera protección, respecto de la vida, la salud o la propiedad”²⁹². “Si se profundiza en por qué en los delitos de peligro se afirma que solo se pone en peligro el bien jurídico, se advierte que el peligro es respecto de la vida o la salud”²⁹³, en otras palabras, el peligro se manifiesta respecto de bienes jurídicos individuales.

Consecuentemente, podemos sostener que la clasificación de delitos de peligro y de lesión (según el grado de afectación del bien jurídico), sólo es comprensible si entendemos que los delitos de peligro constituyen una técnica legislativa que tiene por objeto proteger mediatamente bienes jurídicos

²⁹¹ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1996. Responsabilidad penal derivada del producto... *Op. Cit.* p. 249.

²⁹² CORCOY, BIDASOLO, Mirentxu. 2003. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento... *Op. Cit.* p.35.

²⁹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.22.

individuales, pero carece de sentido si consideramos que los bienes jurídicos colectivos son entidades autónomas, que poseen un contenido sustantivo propio, y como tales, pueden ser efectivamente lesionados.

“La autonomía, con carácter general, de los bienes jurídico-penales protegidos en los ‘delitos de peligro’ permite formular un concepto unitario de estos delitos, ya sean delitos de peligro concreto o abstracto. Y este concepto pasa por negar la existencia de ‘delitos de peligro’ en la acepción tradicional del término, o, en otras palabras, negar validez a la distinción entre ‘delitos de lesión’ y ‘delitos de peligro’ según sea la relación con el bien jurídico. En atención al bien jurídico, la única clasificación válida es la de delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales y delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales”²⁹⁴.

b. Solución concursal: concurso ideal de delitos. La segunda consecuencia desde el punto de vista funcional de aceptar esta tesis, se proyecta al ámbito de las reglas concursales aplicables, cuando una misma acción da lugar a un delito contra la salud pública y, al mismo tiempo, uno contra la vida, integridad física, o en general contra la salud individual. En estos casos, el problema central radica en distinguir si existe un concurso de leyes o

²⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.143.

de delitos, para lo cual es determinante la referencia al bien jurídico²⁹⁵. “La autonomía de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales supone que cuando una conducta realiza dos delitos, uno de ellos contra un bien jurídico supraindividual y otro contra un bien jurídico individual, aun cuando sea el mismo comportamiento el que dé lugar a la realización de los elementos típicos de ambos delitos, estaremos frente a un concurso de delitos, no de leyes”²⁹⁶. En efecto, al sostener la total autonomía de los delitos de peligro, en tanto éstos se configuran como tipos penales que tutelan bienes macrosociales, existen desde esta perspectiva “al menos dos bienes jurídicos diferentes lesionados y, por tanto, no es factible acudir al concurso de leyes porque el desvalor de uno de los tipos, ni es especial ni absorbe ni consume el desvalor del otro”²⁹⁷.

2.4. Conclusiones preliminares

Conforme a la teoría crítica o material del bien jurídico, estos últimos se configuran como síntesis normativas determinadas de una realidad social concreta y dialéctica. Desde esta perspectiva, el significado y legitimidad de lo que se protege no surge de la norma o del sistema jurídico mismo²⁹⁸, sino que constituye una instancia pre-jurídica que encuentra sus presupuestos en “los

²⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.356.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp.358 y 359.

²⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* pp. 28, 166 y 167.; GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.30.

substratos de la realidad social, en torno a los que se configuran relaciones sociales determinadas, históricamente condicionadas y, por ello mismo, cambiantes”²⁹⁹.

Ahora bien, aunque se reconozca que el origen del bien jurídico se encuentra en la realidad social, la determinación de la relaciones sociales que serán acreedoras de la tutela del *ius puniendi* se realiza a través de un proceso complejo y mediatizado de interacción simbólica³⁰⁰, el cual se encuentra presidido por cánones de naturaleza eminentemente ético-políticas, y en el que intervienen las distintas aristas de la sociedad civil (la comunidad organizada, los grupos de poder económico y político, los medios de comunicación, etc.), siendo finalmente el Estado quien selecciona los objetos que, a su juicio, son merecedores de protección penal, reproduciendo de forma sintética en la norma un contenido específico del bien jurídico tutelado³⁰¹.

De lo anterior, fluye que el bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal, ni un valor ideal, sino que se configura como una composición o

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ CERVINI, Raúl. 2008. Derecho penal económico, Perspectiva Integrada. [en línea] Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. <<http://ciidpe.com.ar/area1/DERECHO%20PENAL%20ECONOMICO.%20PERSPECTIVA%20INTEGRADA.%20CERVINI1.pdf>>. [consulta: 10 de mayo de 2015]. p.41.

³⁰¹ Respecto al proceso social que precede la configuración del bien jurídico en un Estado social y democrático de Derecho, ver “El bien jurídico protegido en Derecho penal garantista”. De José Luis Diez Ripollés. (DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 1997. El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. [en línea] Revista Jueces para la Democracia. Noviembre, 1997. N° 30. <<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2030%20noviembre%201997.pdf>>.)

síntesis entre ambos elementos³⁰². El substrato de la realidad será siempre una relación social “en que los individuos se encuentran en determinadas posiciones, intermedian con objetos y entes, e interaccionan socialmente produciendo consecuencias entre ellos y respecto del conjunto de relaciones sociales”³⁰³, mientras que la valoración de dicha realidad se realizará a partir de las directrices axiológicas del programa ético-político fijado, encontrándose ambos aspectos del bien jurídico vinculados por una relación de interdependencia mutua³⁰⁴.

Luego, la elección de las relaciones sociales tuteladas por el Estado a través de su mecanismo de control más severo, es decir el Derecho Penal, no es neutral, sino que constituye una “decisión política al interior del propio sistema cuyo contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”³⁰⁵. “Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad, el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializarla”³⁰⁶.

³⁰² GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.25.

³⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* pp. 28, 166 y 167.; GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.30.

³⁰⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a).. El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.25.

³⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p.28.

³⁰⁶ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* pp. 142 y 143.

Es esta conexión con la realidad y sus valoraciones, la que determina que el bien jurídico sea una noción dinámica y variable, expuesta a los cambios sociales, políticos y culturales³⁰⁷. Así, el contenido del mismo, “aparece como relativo y en constante desarrollo”³⁰⁸; “no puede tener un carácter estático pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y siempre expuesto a su revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa sustraer de la crítica, esto es de la esencia de la democracia, la política penal del Estado”³⁰⁹.

Luego de revisadas las principales directrices que dan forma a la teoría del bien jurídico a la cual adscribimos, corresponde analizar la salud pública a la luz de dichos presupuestos, a fin de determinar el contenido y el grado de autonomía que presenta ésta en la sociedad contemporánea. Para ello, será preciso determinar cuál es el substrato de la realidad, es decir “la relación social concreta y dialéctica”³¹⁰ que nutre de contenido material al bien jurídico, y legitima la protección penal del mismo.

En aras de la consecución de dicho objetivo, y en atención al carácter histórico que presenta esta institución jurídica, es necesario comenzar revisando el contexto socio-cultural en que se inserta actualmente la tutela de la

³⁰⁷ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p. 89.

³⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ. Control social y sistema penal. *Op Cit.* p.33.

³⁰⁹ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p.143.

³¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.191.

salud pública, pues el contenido del bien jurídico responderá a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas que se dan en el funcionamiento de una sociedad determinada³¹¹.

La sociedad actual se caracteriza por su enorme complejidad: la globalización, el desarrollo tecnológico e industrial, el proceso de producción en serie, la hegemonía del poder económico y el fenómeno del consumo masivo de bienes y servicios, han propiciado la transformación material de las relaciones sociales, las cuales ya no pueden entenderse en base a contactos de naturaleza estrictamente personal, sino que exhiben como rasgo distintivo presentar un carácter anónimo y estandarizado³¹².

En este contexto, la necesidad de una especial protección de la salud pública³¹³ se justifica en base “a una serie de variables que, fundamentalmente, se asocian a la complejidad de las nuevas formas extendidas a nivel mundial en los modos de producción industrial, distribución y comercialización de bienes y servicios”³¹⁴, la cual singulariza un substrato propio de la realidad actual, caracterizado por “la creciente distancia personal y social, así como el desnivel

³¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 28.

³¹² SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. *Op. Cit.* p.199.

³¹³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. *Op Cit.*

³¹⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. *Op Cit.*

técnico-científico que separa a fabricantes de usuarios”³¹⁵. En efecto, los avances científicos y tecnológicos aplicados en este ámbito, así como la extremadamente densa red de producción y “la diversificada cadena de abastecimiento de un producto hasta llegar al consumidor final”³¹⁶, no sólo han introducido nuevos riesgos, sino que han incrementado exponencialmente las interconexiones causales que vinculan la producción de daños a la salud con la fuente generadora de los mismos³¹⁷, “limitando considerablemente las posibilidades de control por parte del consumidor”³¹⁸, quien en la mayoría de los casos, aún utilizando la máxima diligencia, no estará en condiciones de percibir el carácter nocivo de un producto cuyo consumo pueda estar afectando gravemente su salud.

La ubicuidad de estos riesgos, así como la imposibilidad de su gestión por parte de los individuos –que si bien no participan en su generación, son los que en definitiva deberán soportar los perjuicios derivados de los mismos–, “han desembocado en una amplia desprotección del derecho a la salud pública frente a formas de ataque cada vez más numerosas”³¹⁹, haciéndose necesaria la intervención activa del Estado en el control de los peligros derivados de este sector del tráfico jurídico.

³¹⁵ KUHLEN, LOTHAR. 1996. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. En: MIR P., Santiago y LUZON, P., Diego. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José María Bosch editor, S.L. p. 232.

³¹⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. *Op Cit.*

³¹⁷ Al respecto, ver SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. *Op. Cit.* p.198 y ss.

³¹⁸ KUHLEN, LOTHAR. 1996. *Op. Cit.* p.232.

³¹⁹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. *Op Cit.*

En este escenario, se torna imprescindible proteger al ciudadano en la seguridad de su consumo, aspecto concreto de la salud pública que si bien no colma el contenido de este bien jurídico, permite otorgar un contenido material a la misma, al designar una relación social concreta y determinada en que se individualiza un conflicto de intereses de relevancia jurídica, y que conforma el núcleo fundamental de la denominada responsabilidad penal por el producto³²⁰. El objeto prioritario de protección en estos casos es la salud colectiva, que referida en abstracto a un número indeterminado de sujetos –los consumidores–, pudiera verse perturbada por la elaboración y comercialización de productos potencialmente nocivos para la misma.

³²⁰ Al respecto señala Rodríguez Montañés: “Esta terminología, procedente de la doctrina alemana y que cada vez tiene mayor difusión entre nosotros –frente a la más clásica de “protección penal del consumidor”, cuyo ámbito es, por otra parte, más amplio–, se emplea para hacer referencia a la responsabilidad penal de los productores o distribuidores de bienes de consumo respecto de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los consumidores (fundamentalmente la vida y la integridad) derivadas de la normal utilización del producto. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 2005. Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos. 2005. En: BOIX REIG, J. y BERNARDI, A. Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores. Madrid, Iustel. pp. 116 y 117. Sobre este punto agrega Tisnado Solís: “Todos estos supuestos responden a un esquema similar: un grupo de personas, más o menos numerosos según los casos, se ve afectado por enfermedades, que a veces han llevado a acabar con su vida, producidas por la ingestión o uso de productos que han sido puestos en el mercado para que puedan ser adquiridos por los consumidores. Por otro lado, los problemas con los que se han encontrado los tribunales son iguales o parecidos en todos ellos. Estos problemas derivan fundamentalmente de la distinta estructura que estos supuestos presentan con respecto a los que se pueden denominar como delitos clásicos o tradicionales. La configuración social y las características básicas de este sector del tráfico jurídico han obligado a una reorientación de las instituciones básicas de la imputación personal. TISNADO SOLIS, Luis. 2011. Responsabilidad penal por productos defectuosos. Criterios de imputación. [en línea]. <http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=10357> pp.1 y 2. [consulta: 10 de octubre de 2014].

Así, el contenido material de este bien jurídico sintetiza un proceso interactivo dotado de sentido y significación social³²¹ en el que intervienen un conglomerado de intereses: “[p]or un lado, la fabricación y comercialización de productos, actividad necesaria para la satisfacción de necesidades de los individuos, para el incremento del bienestar y para la mejora de la economía; por otro lado, y al mismo tiempo, se generan demandas de seguridad, tanto en la producción como en la distribución y comercialización de estos productos”³²². Dichos intereses se encuentran vinculados en sentido dialéctico, pues mientras los empresarios (abarcando con el término a fabricantes, distribuidores y comerciantes) buscan maximizar el beneficio económico, muchas veces en desmedro de la salud de los consumidores, estos últimos exigen que se les garantice normativamente la indemnidad de ciertos bienes jurídicos fundamentales, como la salud o la vida, pues si bien los individuos están dispuestos a aceptar algunos riesgos implícitos en la actividad de uso y consumo, es también razonable que esperen ciertos niveles de seguridad³²³.

Esta relación social se caracteriza por su enorme asimetría, desequilibrio que se expresa de forma especialmente significativa en el ámbito del control de la información acerca de los riesgos derivados de los productos que se ofrecen en el mercado. Así, el empresario no sólo detenta el dominio de la información

³²¹ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p.171.

³²² TISNADO SOLÍS, Luis. 2011. *Op. Cit.* p.2.

³²³ *Ibíd.*

acerca de los bienes y servicios que comercializa, sino que además gestiona la difusión de la misma, lo que sumado a la cada vez más poderosa influencia del *marketing* y de la publicidad que induce al consumo³²⁴, contribuye a debilitar aún más la posición del consumidor actual, en tanto no le es posible conocer ni menos controlar los riesgos para su salud derivados de los productos que utiliza cotidianamente.

De este modo, la salud pública se configura como un bien jurídico de carácter macrosocial que se encuentra inserto en el funcionamiento del sistema, intentando equilibrar las disfunciones que se producen al interior del mismo, encontrándose referida directamente a todos los miembros de la colectividad, en tanto todos ellos son consumidores³²⁵. Surge así una concepción de la salud pública que, frente a la noción de salud individual, subraya la dimensión social del bien jurídico protegido, poniendo de manifiesto que su alcance supera la mera suma aritmética de saludes individuales, erigiéndose como una entidad global y superior, autónomamente protegida por el Derecho Penal³²⁶. Lo anterior pues, aunque se reconozca que la salud pública se encuentre teleológicamente unida a la salud individual, los bienes jurídicos macrosociales se estructuran como sistemas complejos, esto es, como un orden dinámico de

³²⁴ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. 2009. Aspectos introductorios al derecho del consumo. [en línea]. Prolegómenos. Derechos y Valores. Vol. XII, N° 24. Julio-Diciembre 2009. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269006>>. [consulta: 10 de mayo de 2015]. pp. 83 y 84.

³²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1991. Manual de Derecho Penal. Parte especial. 2^a ed. Barcelona, Editorial Ariel S.A. p.226.

³²⁶ MONGE F., Antonia y GÓMEZ R., María del Carmen. 1997. *Op. Cit.* p. 86.

partes y procesos que están en mutua interacción. La relación entre los componentes del sistema da lugar a nuevas características que son propias del conjunto (principio sinérgico), vale decir “el todo es más que la suma de sus partes”³²⁷. Sólo a través de una concepción colectiva y autónoma de este bien jurídico se visualiza el conflicto que surge de una real disfunción social, tornándose la protección desde la salud individual insuficiente para evitar tal disfunción, pues las agresiones no van dirigidas a ella³²⁸.

Sin embargo, aunque se reconozca la autonomía de la salud pública, ésta no puede desligarse completamente de la salud individual, en tanto sería artificial proponer una separación absoluta entre ambas realidades. Por ello, es necesario advertir que la relación de complementariedad que suele vincularlas no surge de la consideración de los bienes jurídicos colectivos como intereses jerárquicamente inferiores, supeditados a la protección previa y mediatizada de bienes individuales, sino en base a las distintas vinculaciones se producen entre los intereses que configuran el “orden social” de una época determinada³²⁹, conformando “un ‘sistema’ en que ninguno de ellos debe ser contemplado

³²⁷ RAMÍREZ CASTAÑEDA, Luz. 2002. Teoría de sistemas. [en línea] Universidad Nacional de Colombia, sede Manizales. <<https://webbrain.com/attach?brain=A6D07A03-C800-5CE7-B502-2C39B049C716&attach=3&type=1>>. p.2.

³²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.52.

³²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. (s. a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.* p.27.

aisladamente, sino sólo en sus conexiones e interacciones funcionales con los demás y con la totalidad del sistema”³³⁰.

³³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. (s. a). El Derecho penal moderno... *Op. Cit.*p. 28.

CAPÍTULO 3

LOS DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN

Más allá de la posición que adoptemos respecto de la autonomía y naturaleza jurídica de los bienes macrosociales, lo cierto es que hoy en día la necesidad de su protección penal (al menos en determinadas áreas, más o menos acotadas) tiene la fuerza de lo asertivo, pues nadie podría negar que la salud pública, el medio ambiente, el orden público económico, etc., son intereses que deben ser tutelados para mantener la estabilidad del sistema social.

“Ahora bien, con reconocer que el Derecho Penal es una herramienta eficaz para tutelar bienes jurídicos de naturaleza colectiva, nos quedamos a medio camino si no definimos bajo qué modalidad legislativa ha de efectuarse dicha protección”³³¹. Así, de acuerdo con una opinión bastante extendida en doctrina, la proliferación de los delitos de peligro como técnica de tipificación responde a la necesidad de brindar una tutela efectiva a intereses de carácter macrosocial, en atención a la creciente importancia que estos bienes poseen en el seno de una sociedad de masas. Desde esta perspectiva, la utilización de los delitos de

³³¹ MACHADO, Mariela. 2010. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos... *Op. Cit.* p.5.

peligro “no constituye una fórmula, técnica o modalidad a la que puede recurrir el legislador entre otras alternativas de idéntica significación. Por el contrario, su selección refleja una opción de carácter político-criminal”³³², donde a partir de consideraciones de merecimiento y necesidad³³³ –según estima la doctrina mayoritaria– se opta por adelantar la punición a momentos anteriores a la lesión del objeto protegido; cuando la existencia de determinadas conductas genera riesgos socialmente no tolerados respecto de intereses considerados básicos para la convivencia, inevitables mediante el uso de otras formas o modalidades de control social menos violentas³³⁴. En este sentido, se ha señalado que la incorporación de estos delitos a los códigos penales se justifica en “la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de las conductas lesivas de los mismos, bien sea por su relevancia, bien por ser susceptibles más fácilmente de lesión por medio de una determinada conducta, bien debido a que los medios técnicos que actualmente resultan necesarios para la vida

³³² MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.26.

³³³ “La primera de ellas (merecimiento) viene dada por la trascendencia o importancia de dicho interés para posibilitar la convivencia entre los miembros de una comunidad (corresponde a un presupuesto para la libertad), mientras que la segunda (necesidad) deriva de la constatación de insuficiencia de los medios de control social, formales o informales, para obtener el debido respeto y protección de dicho interés, considerado previamente como fundamental. De ahí deriva la base que justifica al Estado el intervenir de manera coactiva sobre las conductas que en mayor medida reflejen dicha necesidad de protección: Sólo aquellas conductas que afecten un valor esencial para la convivencia y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos que el recurso penal, podrán ser objeto de represión, por esta vía”. MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.27.

³³⁴ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* pp.27 y 28.

social pueden ocasionar, si son utilizados indebidamente, riesgos intolerables”³³⁵.

Los delitos de peligro (su concepto, estructura y clases) han gozado ya de una atenta discusión doctrinal que, manteniendo viva la polémica en lo que respecta a la elaboración de una dogmática de estos ilícitos, coincide sin embargo, en la necesidad de su utilización desde un punto de vista político-criminal. Asimismo, el aumento de esta técnica legislativa en los modernos códigos punitivos constituye una realidad empíricamente constatable, llegando a afirmarse incluso por algunos autores que, los delitos de peligro actualmente “se han convertido en el hijo predilecto del legislador”³³⁶.

En términos generales, la doctrina coincide en definir a los delitos de peligro como “una categoría de tipos penales designados, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de lesividad o afectación que los vincula con [...] el bien jurídico cuya protección justifica la punición”³³⁷. Desde esta perspectiva, la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión se centra en la intensidad o modalidad de ataque al bien jurídico; es decir, si la ofensa a dicho interés consiste en una lesión en sentido estricto (destrucción o menoscabo), o sólo constituye un peligro para el

³³⁵ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A. p.13.

³³⁶ *Ibíd.*

³³⁷ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.23.

objeto cuya protección garantiza el derecho³³⁸. “Sobre esta base y en una primera aproximación al tema, podemos entender que tras el concepto de los ‘delitos de peligro’ se engloba una categoría de descripciones típicas conformadas por aquellas conductas punibles seleccionadas por el legislador, no en atención a que su ejecución acarrea la lesión de un interés socialmente relevante, sino en tanto lo ponen en peligro o generan su puesta en peligro, como resultado jurídico”³³⁹. En este sentido, “se los ha concebido tradicionalmente –en todas sus formulaciones– como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico”³⁴⁰.

Esta afirmación, que a primera vista resulta sencilla, nos introduce en uno de los temas más complejos y ampliamente controvertidos en la ciencia penal, siendo imprescindible para una adecuada comprensión de la problemática que actualmente conceden los delitos de peligro, centrar nuestra atención en el estudio de las variables fundamentales en torno a las cuales se estructura esta modalidad delictiva: el bien jurídico y el peligro.

En consecuencia, “después de haber analizado en extenso en el capítulo anterior el bien jurídico, y de recalcar la importancia del mismo como objeto de referencia de la lesividad, es necesario ahora abordar el estudio del peligro en

³³⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.*p.56.

³³⁹ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.26.

³⁴⁰ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.23.

la medida que se trata del concepto clave que nos ayudará a entender la estructura dogmática de estos ilícitos, y la forma en que son utilizadas en los modernos códigos penales las distintas técnicas de tipificación a las que da lugar el peligro”³⁴¹.

3.1. El concepto de peligro

A pesar de la enorme importancia que el concepto de peligro presenta en diversas instituciones del Derecho Penal, no existe en el código punitivo una definición legal del mismo. Por ello, “es fundamental para el objeto de este estudio tomar como punto de partida la configuración del concepto de peligro en cuanto a su estructura y requisitos, en la medida en que del concepto asignado al mismo va a depender la amplitud o restricción de la tutela asignada a los distintos bienes jurídicos, y del éxito en el establecimiento de los requisitos necesarios para verificar su subsistencia, quedará supeditada la efectividad de esta técnica de tutela”³⁴².

Históricamente, el peligro ha sido desde los inicios de la ciencia penal uno de los temas más abordados por la doctrina, existiendo una ingente literatura al respecto. Este interés se debe a que “constituye una categoría o elemento que cumple múltiples funciones sistemáticas en el contexto de la estructura del

³⁴¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.49.

³⁴² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.51.

delito. Se recurre a éste como criterio objetivo de imputación en sede de tipicidad, tanto en el contexto de la imputación objetiva como forma de asociación entre un resultado y una determinada conducta [...], o como criterio de imputación subjetiva en tanto sustrato de la previsibilidad en que se puede fundar la culpa. También cobra relevancia en sede de antijuridicidad, como una de las alternativas de fundamento de la antijuridicidad material, donde recibe aplicación en los delitos de peligro y en etapas previas a la consumación en delitos de lesión (particularmente en lo relativo a la calificación de la idoneidad de la tentativa). Finalmente, cumple un papel de relevancia como presupuesto de legitimación de justificantes, particularmente de la legítima defensa y del estado de necesidad”³⁴³.

Asimismo, el peligro como expresión del principio de ofensividad, en tanto forma de afección de un bien jurídico, “nos refiere al ámbito de justificación del injusto penal y por extensión al de la legitimidad de la intervención punitiva del Estado en su conjunto”³⁴⁴. En este sentido, se ha señalado que la tipificación de “toda infracción penal presupone, necesariamente, la existencia de un peligro o riesgo para un bien jurídico dado, a cuya defensa se haya primordialmente destinada la legislación criminal definidora de los delitos o faltas”³⁴⁵. “Es precisamente ahí, donde actualmente se centra la polémica en torno a los

³⁴³ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.34.

³⁴⁴ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.25.

³⁴⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.55.

denominados ‘delitos de peligro’, como instituto de regular y creciente consagración legislativa en el contexto del llamado ‘moderno Derecho Penal’³⁴⁶.

Dicho esto, y a fin de revisar las principales teorías que ha elaborado la doctrina respecto al concepto y naturaleza jurídica del peligro, es posible –en principio– evidenciar en la literatura jurídica la existencia de dos discursos antagónicos, los cuales dan lugar a la teoría subjetiva y objetiva del peligro. Al respecto, es preciso señalar que ambas hipótesis se fundan en una concepción natural-positivista y surgen como consecuencia de la comprensión de la categoría delictiva a partir de criterios de proximidad. Con todo, y como respuesta a las deficiencias de las teorías ya señaladas, surge una tercera categoría, conocida como “Teoría Normativa”, la cual sin embargo –y como veremos más adelante–, no logra satisfacer las exigencias planteadas por la dogmática penal contemporánea.

3.1.1. La teoría subjetiva del peligro

“A finales del siglo XIX, bajo el influjo del positivismo y de la vigencia inexorable de la ‘ley de causalidad’, una serie de autores niegan la existencia objetiva del peligro: objetivamente, sólo existe la causalidad y la no causalidad

³⁴⁶ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.25.

(imposibilidad) de un estado en la relación con un resultado”³⁴⁷. Desde este punto de vista, si “los acontecimientos solo pueden ser causales o no causales –lo que en el campo del Derecho se tradujo en la elaboración de la teoría de la equivalencia de las condiciones– el peligro se concibe como un juicio de orden subjetivo desde el momento en que se parte precisamente de la ausencia de un resultado lesivo”³⁴⁸. En consecuencia “no habrían en sí mismas acciones peligrosas o no peligrosas, sino sólo lesivas o no lesivas”³⁴⁹.

Dentro de la concepción subjetiva del peligro, “se presenta como referente el pensamiento de Finger, quien afirma que el peligro es solo hijo de nuestra ignorancia y, por tanto, sería muy difícil establecer empíricamente qué acción entraña un peligro en sí, es decir, determinar ontológicamente el peligro de la acción”³⁵⁰. “Desde esta perspectiva, el peligro es fruto del desconocimiento de las leyes causales, sólo existe en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, no real del mundo; basada en la experiencia la posibilidad o

³⁴⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.22.

³⁴⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.51.

³⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.33.

³⁵⁰ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho, línea de profundización en Derecho Penal. Bogotá D.C., Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. pp.19 y 20.

probabilidad de la producción de un resultado dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos”³⁵¹.

A partir de los lineamientos que propone esta teoría, “el concepto de peligro no podría definirse mediante relaciones objetivas, sino que se concretaría mediante la apreciación subjetiva del juzgador”³⁵². Así, la existencia del mismo “sólo podría concebirse como una mera impresión psicológica”³⁵³ que surge de “un juicio *ex ante* subjetivo, aún cuando sea desde la perspectiva del hombre medio, según el cual una acción es peligrosa cuando *ex post* no conocemos las razones por las que no se ha producido el resultado, teniendo estos juicios al repetirse respecto de situaciones similares, una pretensión generalizadora”³⁵⁴. De este modo, “puesto que este juicio se funda en un conocimiento parcial e inexacto del mundo o de sus leyes, constituye algo subjetivo, un acto emocional, dependiente de la medida del saber ontológico y nomológico, aunque con pretensión de validez general y con una fuerte influencia de la subjetividad del juzgador”³⁵⁵.

A modo de síntesis, según los postulados que propone la teoría subjetiva, el peligro carecería de contenido autónomo y se configuraría en base a un juicio

³⁵¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op.Cit.* p.32.

³⁵² RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.24.

³⁵³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.53.

³⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op.Cit.* p.33.

³⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.24.

de orden subjetivo sobre la probabilidad de producción de un resultado lesivo³⁵⁶. “El juicio de peligro, por consiguiente, tendría una función no sólo declarativa sino constitutiva del concepto peligro”³⁵⁷.

3.1.2. La teoría objetiva del peligro

En el otro extremo, encontramos a los partidarios de la teoría objetiva del peligro, según la cual el peligro tiene un contenido objetivo, real, y por tanto no es un concepto que surge como fruto de la apreciación humana³⁵⁸. Esta interpretación, tácitamente, nos lleva a concluir que el peligro goza de una naturaleza autónoma, en tanto “la existencia del mismo no depende de la apreciación subjetiva de quien debe valorar esa situación, pues ‘se trata de una entidad real, objetiva, que comporta la posibilidad o probabilidad del peligro de producción de un resultado’”³⁵⁹.

Esta concepción toma como punto de partida el hecho que determinadas conductas o situaciones tienen la particularidad de ser habitualmente peligrosas. “El carácter peligroso o no de una conducta no surge con la mera posibilidad de que se produzca una lesión, sino que es necesario que,

³⁵⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.57.

³⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.33.

³⁵⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* pp.56 y 57.

³⁵⁹ *Ibíd.*

atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluida la posibilidad de intervención del autor o de un tercero para contrarrestar el peligro, exista un grado elevado de probabilidad de lesión”³⁶⁰.

En este sentido, Binding, uno de los más antiguos y representativos autores que adscriben a esta postura, define al peligro como “posibilidad objetiva de un resultado lesivo: probabilidad generalmente válida para su producción”³⁶¹, validez que debe ser constatada en el caso concreto. De forma similar lo define Von Rohland, quien señala que peligro es “la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada posibilidad de su producción”³⁶²; por su parte Eckard Horn “en su teoría científico-natural del resultado de peligro, reconoce la existencia de éste cuando de la cognósis de las circunstancias conocidas permiten inferir, a partir de leyes de causalidad, que habría lugar a una lesión que, sin embargo, no ha llegado a producirse por una circunstancia inexplicable de acuerdo con las ciencias naturales”³⁶³.

³⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.33.

³⁶¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.33. (Nota al pie N^o 24).

³⁶² RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* pp. 25 y 26.

³⁶³ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. *Op. Cit.* p.19.

En síntesis, “para la teoría objetiva, el peligro tiene entidad propia en el mundo externo, más allá de la persona que emite el juicio, por lo que este tiene carácter meramente declarativo”³⁶⁴.

3.1.3. Problemas asociados a la teoría objetiva y subjetiva del peligro

Para graficar las diferencias que presentan ambas teorías en la práctica, es ilustrativo citar el ejemplo propuesto por Kindhäuser: “si alguien es tirado por una ventana, según la teoría objetiva del peligro, habría sido también puesta en peligro aunque cayese sobre un camión de paja que circunstancialmente pase delante del edificio y, por ello, resultase ileso, ya que juzga que del hecho de ser arrojado por la ventana se deriva, según las reglas de la experiencia, una elevada probabilidad de producción de una lesión. La teoría subjetiva, en cambio, considera que la posibilidad de una lesión estaba excluida de antemano en este caso –porque sólo por desconocimiento ignorábamos que el camión con paja impediría el golpe– y ve en el juicio de peligro un error epistémico [...]”³⁶⁵.

Como es posible advertir, “los términos en que se plantea el debate respecto de la definición o concepto de peligro, está atravesado por la imposibilidad epistemológica de establecer ontológicamente el contenido del mismo, lo cual

³⁶⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.27.

³⁶⁵ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. *Op. Cit.* p.20.

produce una inestabilidad o inseguridad a la hora de erigir las categorías de delito sobre la base del peligro [...]”³⁶⁶. En efecto, abordar el concepto de peligro desde una de estas perspectivas de análisis en términos absolutos, nos pone ante una encrucijada metafísica de orden insalvable, que desborda por mucho el ámbito jurídico, pues nos enfrenta a la clásica problemática filosófica de la forma en que percibimos la realidad, la cual hunde sus raíces en la antigua –y siempre vigente– polémica de la escuela platónica versus la aristotélica. En este punto del debate, sólo podemos esbozar una apreciación parcial y limitada, que mixtura ambas propuestas: así, si entendemos que no es posible reducir el peligro a una mera impresión psicológica o subjetiva del observador³⁶⁷, en tanto efectivamente existen acciones o situaciones que en un contexto espacio-temporal delimitado pueden ser calificadas como generalmente peligrosas porque entrañan la posibilidad de producir efectos dañinos o indeseados (por ejemplo, el manejo de un arma cargada por un niño menor de 6 años), tampoco es posible sostener que el peligro constituye una entidad material y autónoma (al menos no como objeto u hecho de la realidad fáctica, visible y perceptible por los sentidos), toda vez que siempre requiere para su constatación, de un juicio o valoración. Así, a diferencia de lo que sucede con aquellos ilícitos de lesión en los que, en general, la afectación del bien jurídico coincide con un efecto externo, en los delitos de peligro lo que se busca es determinar la probabilidad o posibilidad de un daño, para lo cual el

³⁶⁶ *Ibíd.*

³⁶⁷ Pues además, introduce un criterio absolutamente personalista.

juez debe necesariamente recurrir a un proceso de verificación. “Ninguna definición del peligro va a resultar de fácil utilización en la *praxis* [...], puesto que se requiere la valoración por parte del juez de la situación creada por el autor”³⁶⁸. Desde esta perspectiva, el concepto de peligro constituye una herramienta intelectual de la que nos servimos para aplicar a una situación o acción determinada, a la cual calificamos de peligrosa porque entraña la probabilidad de un daño o menoscabo para un bien jurídico.

Esta fórmula (probabilidad o posibilidad de daño), ciertamente no puede ser aplicada al caso concreto por medio de un procedimiento estándar o de forma mecánica, sino que “impone al juez la tarea de encontrar la ley científica adaptada al caso concreto: esta delegación al órgano judicial de la selección del criterio del juicio constituye –como es fácil intuir– uno de los factores que contribuyen a que la aplicación del modelo de ilícito en examen se vuelva incierta. Por tanto, la objeción es que no sólo el tipo en sí no ofrece ninguna determinación, sino que la misma tarea de individualización de la ley aplicable al caso concreto se deja exclusivamente en manos del intérprete, quien no dispone de reglas fijas en el desempeño de su tarea”³⁶⁹.

³⁶⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.217.

³⁶⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.218.

3.1.4. Teoría normativa de Schönemann

Como consecuencia de la antigua polémica generada en torno a las nociones objetivas y subjetivas de peligro, surgen los primeros intentos por elaborar un concepto normativo del mismo. En este contexto, se insertan los esfuerzos realizados por Von Hippel, quien propone un “significado funcional de peligro, que se entienda dentro de la estructura de cada tipo y que se determine en cada caso concreto, atendiendo al bien jurídico y al deber de protección de los participantes en ese sector del tráfico jurídico”³⁷⁰.

Sin embargo, es la propuesta de Schönemann –conocida por la generalidad como “teoría normativa de peligro”– la que da forma y contenido a esta nueva concepción, sosteniendo como idea matriz el concepto de “casualidad”, en cuanto causa salvadora para la producción de una lesión³⁷¹. Según esta hipótesis, “habrá peligro concreto cuando se haya creado un riesgo desaprobado por el derecho, pero el resultado no se haya producido por mera casualidad...y habrá casualidad cuando interviene una circunstancia en cuya producción nadie puede confiar”³⁷².

³⁷⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.34.

³⁷¹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* pp.34.y 35

³⁷² MANTILLA ARANGO, Luis Daniel. 2012. Peligro abstracto y delitos económicos: dificultades prácticas. [en línea] Revista Universitas Estudiantes. Enero - diciembre, 2012. Núm 9. <<http://132.248.9.34/hevila/Universitasesudiantes/2012/no9/14.pdf>>. [consulta: 30 agosto de 2014]. p. 295.

A fin de comprender la propuesta antedicha, es necesario dilucidar dos escenarios cardinales: “el primero de ellos, constituido por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”³⁷³, en el cual el peligro se configura cuando una determinada conducta típica amenaza de forma cercana la lesión de un bien jurídico³⁷⁴; y el segundo, como aquel en que “la lesión se presenta como una ‘consecuencia adecuada de la acción’, esto es, que aparece como una ‘cercana posibilidad’”³⁷⁵ en base a leyes probabilísticas disponibles, como evidente posibilidad³⁷⁶.

Es respecto de este último escenario en el que Schünemann utiliza la casualidad como elemento, en tanto factor para evitar la producción de un peligro. “La casualidad se manifiesta no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar”³⁷⁷. Dicho en otras palabras, se la concibe como una “causa salvadora que impide la producción del resultado lesivo, no respondiendo a un curso causal normal, sino a una imprevisible concatenación de circunstancias

³⁷³ *Ibíd.*

³⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. (s. a). Derecho Penal, Parte General. La teoría general del delito. Los delitos de peligro. p.4.

³⁷⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.35. Al respecto, señala “[e]l grado de probabilidad no se puede determinar en abstracto, pues depende de la clase de bien jurídico, del ámbito del peligro y de otros muchos factores que determinan el nivel de riesgo permitido. Pero el propio tipo puede ofrecer criterios para la constatación del grado de peligro exigible”.

³⁷⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.115.

³⁷⁷ ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Madrid, Editorial Civitas S.A. p.406.

afortunadas”³⁷⁸ o una destreza extraordinaria del amenazado³⁷⁹. Por tanto, cuando concurren todas esas “causas salvadoras” [...] no se excluye la responsabilidad por el delito de peligro concreto³⁸⁰, siendo sólo los medios salvadores dominables por el autor, los que excluyen la responsabilidad por el mismo³⁸¹.

Sin embargo, esta concepción adolece de subjetividad desde el momento en que no es posible precisar en qué nos basamos para saber cuándo “se puede confiar” en que concorra una circunstancia³⁸², o cuando el carácter de un acontecimiento califica como extraordinario o previsible³⁸³. Dicho de otro modo, no es preciso poder determinar con total certeza si, de no haber concurrido la casualidad, el bien jurídico se hubiere lesionado³⁸⁴.

3.1.5. Toma de postura. Propuesta metodológica para la construcción de un concepto de peligro válido en sede penal

Si bien las teorías esbozadas precedentemente son las clásicas y antagónicas elaboradas en el seno de la dogmática respecto al tema, lo cierto

³⁷⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.35.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal, parte general... *Op. Cit.* p.406.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.159.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.117.

³⁸⁴ MANTILLA ARANGO, Luis Daniel. 2012. *Op. Cit.* p.298.

es que entre ambos extremos existe un sinnúmero de hipótesis que con mayor o menor acierto, intentan conceptualizar el peligro.

Teniendo en cuenta que el estudio de dichas teorías por su extensión, podría por sí mismo constituir un tema de tesis, y habiendo experimentado lo difícil que es encontrar claridad en un tema tan hermético y ajeno a las esferas de consenso, es que plantearemos un modelo teórico que aspira a simplificar el estudio del peligro, en base a la categorización (sistematización y estructuración) de los elementos que consideramos fundamentales para su acertado entendimiento en distintas sedes de análisis.

Como es bien sabido, “el peligro” no es un término propio y exclusivo del Derecho Penal, sino que por el contrario, es un concepto que recibe aplicación en diversas áreas o materias, adquiriendo distintos significados según su campo de aplicación³⁸⁵. Esta falta de unidad conceptual se proyecta de forma amplificada en el ámbito penal, donde diversos autores han puesto de relieve la multiplicidad de aplicaciones que recibe la noción de peligro³⁸⁶. Así, se afirma que “el concepto de peligro desempeña en el Derecho Penal un papel que trasciende, con mucho, a los propios delitos de peligro y alcanza particular interés en la determinación de la causalidad según la teoría de la adecuación y

³⁸⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Pamplona, Thomson Aranzadi. p.209.

³⁸⁶ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.17.

en la tentativa imposible³⁸⁷. También la doctrina italiana se expresa de modo semejante, señalando que “el concepto de peligro en el Derecho Penal es, en su acepción más general, tan vasto como el concepto de delito”³⁸⁸.

En efecto, el peligro recorre en su integridad la teoría del delito, afectando múltiples instituciones jurídico-penales, tales como la imputación objetiva, la tentativa, la justificación del error, el estado de necesidad, etc. Sin embargo, el uso múltiple de esta expresión no es la única dificultad, ni la más compleja que su determinación entraña³⁸⁹. “Los términos a los que se acude para su definición son también imprecisos –ya de su noción, de las características del juicio que implica (valoración, conocimiento, momento) o de los objetos a los que se hace referencia–”³⁹⁰. Se suma a dichas dificultades la inmaterialidad del peligro que traslada la discusión jurídica al plano filosófico, enfrentándonos a cuestionamientos de orden metafísico respecto a si el peligro constituye algo real, objetivamente existente, o si por el contrario, supone una representación de la mente humana³⁹¹ (teoría objetiva y subjetiva), poniendo a prueba nuestra capacidad de abstracción, al situarnos de pronto en la caverna de Platón e interpelarnos respecto al carácter ontológico o gnoseológico del mismo.

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.18

³⁸⁹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.210.

³⁹⁰ *Ibíd.*

³⁹¹ MALO CAMACHO, Gustavo. 1982. Delitos de lesión y delitos de peligro. En: PIÑA y PALACIOS, Javier. Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México. p. 225.

No obstante, estas cuestiones de fondo no fueron el principal problema que debimos enfrentar en el estudio de este tema, sino que sin duda, nuestro mayor obstáculo fue la ausencia de una estructura lógica u orden sistemático en su tratamiento dogmático. En efecto, las numerosas teorías elaboradas en seno de la doctrina penal respecto al peligro, abordan en un mismo nivel de análisis diversos tópicos (naturaleza objetiva o subjetiva, juicio de probabilidad, bien jurídico, peligrosidad, observador imparcial, juicio *ex ante/ex post*, norma abstracta y subsunción, peligro concreto y abstracto, desvalor de acción y resultado, peligro y peligrosidad, etc.), mezclando en un mismo plano elementos de naturaleza disímil, que acontecen en tiempos diversos, y que protagonizan distintos sujetos.

Al respecto, llama la atención que, pese a que la doctrina es unánime a la hora de pronunciarse respecto a lo basto y complejo del tema, no existan muchas propuestas teóricas que se preocupen de superar este obstáculo y organizar de forma coherente y sistemática los elementos fundamentales para su adecuado entendimiento.

Teniendo claro el diagnóstico sobre el problema, y tomando como premisa que la clave para entender unidades complejas reside en su organización, es que nuestra propuesta teórica aspira a facilitar el estudio del concepto de peligro por medio de la ordenación y sistematización de las distintas variables y

dimensiones de análisis que en él convergen. Para enfrentar este desafío, es indispensable comenzar por distinguir dos planos de análisis distintos: el concepto de peligro y juicio de peligro³⁹². Así, en este apartado, nos abocaremos a la construcción paso a paso, por niveles, de un concepto de peligro válido para el ámbito penal, para luego adentrarnos en el estudio del juicio de peligro.

“El ‘peligro’ constituye evidentemente un concepto pre-jurídico³⁹³. Fuera del mundo normativo, habitualmente se aprecia la existencia del mismo de forma absolutamente independiente de si esta circunstancia ha sido o no, objeto de regulación jurídica³⁹⁴. Así, desde una perspectiva general (o pre-jurídica), habitualmente el peligro se vincula a la contingencia de un mal futuro, a la probabilidad o posibilidad de que acontezca un daño³⁹⁵. En palabras de Von Rohland, “el peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un

³⁹² Resulta evidente que el concepto de peligro precede al concepto de juicio de peligro, en tanto para la valoración que realiza el juez de la concurrencia o no del peligro en el caso concreto (juicio de peligro), se requiere previamente la delimitación conceptual de la base a partir de la cual realiza tal juicio (concepto de peligro). CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 2005. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial B de f. pp.177-179; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp. 35, 52-53.

³⁹³ “Etimológicamente, viene del latín *periculum* que significa ensayo, tentativa, prueba. Del mismo modo, como *peri-tlo* ‘del indoeuropeo’ implica prueba, ensayo, etc. Su raíz *per* significa ‘hacia delante’ y denota su carácter futuro. También pertenece a la misma familia de: empírico, experiencia, experimento, experto, pericia, etc. Normalmente se lo define como sinónimo de riesgo o contingencia de un mal futuro. Así lo hace la Real Academia Española, pero también lo explica como ‘lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño’³⁹³. VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* pp.210 y 211.

³⁹⁴ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 49, fasc/mes 2. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224086>> [consulta: 10 de julio de 2014]. p. 520.

³⁹⁵ ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. 1976. *Op. Cit.* p.18

acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”³⁹⁶; en consecuencia, “cuando se habla de peligro, hay que tener en cuenta dos características esenciales: la posibilidad o probabilidad³⁹⁷ de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado”³⁹⁸. Si falta una de esas dos notas, falta también el peligro³⁹⁹.

Este concepto general o metajurídico de peligro, conforma la matriz o núcleo esencial a partir del cual se erige la noción normativa del mismo. Ciertamente, el Derecho Penal no constituye una ciencia u ordenamiento ajeno a la realidad, sino que hunde sus raíces en busca de contenido en la dialéctica social. Así, “Arthur Kaufmann [...], ha destacado que el ‘sentido de la ley’ no se puede averiguar nunca al margen del sentido, al margen de la ‘naturaleza’ de las circunstancias de la realidad”⁴⁰⁰. Ahora bien, indudablemente el Derecho Penal no está destinado a regular todos los peligros que se presentan en el acontecer social, sino que en virtud de los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, presenta un ámbito de actuación sumamente acotado. La pregunta obvia es por

³⁹⁶ *Ibíd.*

³⁹⁷ “Sobre la probabilidad, básicamente son mencionadas dos orientaciones: la concepción gnoseológica, que considera que probable es lo que según las apariencias puede ser declarado verdadero o cierto, admitiendo diversas graduaciones de probabilidad según su mayor o menor acercamiento a la certidumbre. En esta postura es que se apoya el ‘probabilismo’ que afirma que las cosas solo pueden conocerse de manera aproximada, quedando excluido el conocimiento absoluto. La concepción ontológica de la probabilidad, por su parte, afirma que este es un concepto aplicable a las cosas mismas. En este orden de ideas, se distingue entre probabilidad de un acontecimiento, que admite su medición, y probabilidad de una hipótesis, que no puede ser medida numéricamente [...]”. MALO CAMACHO, Gustavo. 1982. *Op. Cit.* p.230.

³⁹⁸ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.18

³⁹⁹ *Ibíd.*

⁴⁰⁰ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p.521.

tanto: ¿qué cualidad o característica esencial transforma y califica a este peligro general, en un peligro normativo y penalmente relevante?

Para abordar el tema en este segundo nivel de análisis –y en aras de explicarlo de la forma más clara posible–, es atinente buscar esta respuesta en los principios generales del Derecho Penal, pues el fundamento que determina que una conducta sea o no penalmente relevante, no sólo es aplicable a los delitos de peligro, sino que es igualmente válida para todo hecho punible. Dentro de dichos principios, podemos señalar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima o *ultima ratio*, y el de legalidad o tipicidad.

Así, en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se afirma de forma generalizada que el Derecho Penal es ante todo, un sistema que existe para garantizar la protección intereses socialmente relevantes. Este principio general, aplicado al tópico analizado en este apartado, establece un primer tamiz o filtro en la búsqueda de un concepto de peligro válido para esta rama del Derecho. El peligro en el ámbito normativo se entenderá siempre en referencia al bien jurídico⁴⁰¹, es decir, de los infinitos peligros que acontecen en

⁴⁰¹ El bien jurídico, en tanto objeto de referencia, propio del peligro en sede penal, cumpliría una doble función: “Por una parte, queda determinado como objeto de ataque por el sujeto lo que constituye el elemento básico de protección. Por otra parte, se establece un límite que dé garantía en los delitos de peligro, al exigirse que al menos la lesión del bien jurídico sea probable, con lo cual se reduce el riesgo de castigo de conductas meramente formales o de simple desobediencia a la norma” (Delitos de peligro e imputación objetiva. AGUILAR LÓPEZ,

el plano de la realidad, para el Derecho Penal sólo son relevantes aquellas acciones que presentan una alta probabilidad de lesionar un bien jurídico.

Ahora bien, y erigiéndose como un segundo tamiz, el principio de protección de bienes jurídicos debe ser conjugado con los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y *ultima ratio*, en virtud de los cuales se limita o selecciona el ámbito de lo punible. En consecuencia, si bien la tutela penal se fundamenta en la protección de bienes jurídicos⁴⁰², no todo bien jurídico (interés socialmente relevante) será acreedor de la protección del *ius puniendi*. Para que un bien jurídico pueda considerarse además, un bien jurídico-penal, cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social –es decir, debe tratarse de aquellos intereses considerados como fundamentales e indispensables para la vida en sociedad– y necesidad de protección por el Derecho Penal. Respecto a este último requisito, se ha señalado que “no basta que un bien posea suficiente

Miguel Ángel. 2008. Delitos de peligro e imputación objetiva. [en línea] Revista de Ciencias Penales Íter Criminis. Mayo – junio, 2008. Núm. 3, cuarta época. <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/lter_criminis/lter4-3.pdf> [consulta: 26 julio de 2014]. p.14

⁴⁰² Respecto a la necesidad de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal, Mir Puig señala: “Desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo. Todo ello sirve para determinar la materia de lo jurídicamente tutelable, y siendo el Derecho penal también Derecho, también ofrece la sustancia básica de lo protegible jurídico-penalmente. Pero no todo cuanto posea dicha materia —de interés social relevante para el individuo— podrá, obviamente, elevarse a la categoría de bien merecedor de tutela jurídico-penal, de bien jurídico-penal”. MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y... *Op. Cit.* p.161.

importancia social para que deba protegerse penalmente, sino que es preciso además, que no sean suficientes para su tutela, otras formas de defensa menos lesivas (intervención administrativa o civil), y que el ataque al bien jurídico se verifique por medio de acciones consideradas especialmente graves o peligrosas, pues la violencia del control penal impide utilizarlo frente a cualquier tipo de acción o situación”⁴⁰³.

Por tanto, podemos inferir que el peligro no constituye una noción autónoma⁴⁰⁴, sino que en el ámbito normativo siempre se entenderá en referencia al bien jurídico-penal. En palabras de Escrivá: “el peligro lo es respecto de algo. Siempre que ese algo tenga relevancia jurídico-penal, nos encontraremos ante la necesidad de una regulación del peligro por parte de tal ordenamiento”⁴⁰⁵. En sentido similar, Cristina Méndez Rodríguez ha señalado que “respecto al concepto de peligro, no cabe duda que este es un concepto de naturaleza normativa, en cuanto a que su objeto de referencia es el bien jurídico”⁴⁰⁶.

De las consideraciones precedentes, podemos colegir que el concepto general de peligro recibe aplicación en sede penal, pero adquiere un carácter normativo al tomar como punto de referencia el bien jurídico-penal. En otras

⁴⁰³ MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y... *Op. Cit.* pp.162 – 167.

⁴⁰⁴ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.17.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.117.

palabras, la inclusión de este último como variable central respecto de la cual se realiza el juicio de probabilidad, introduce una dimensión normativa en el ámbito del peligro. A mayor abundamiento, Bustos afirma que el concepto de peligro posee un carácter doblemente relacional, como juicio de probabilidad y como juicio de valor⁴⁰⁷: “el concepto de peligro no puede separarse del concepto de valor. Esto es de fácil verificación en el mundo de la naturaleza, en cuanto siempre el peligro lleva consigo el riesgo (y la amenaza) de un mal. Pero como lo valioso para el Derecho reside en los bienes dignos de tutela, el peligro para el Derecho no puede ser extendido más allá del riesgo (y amenaza) para los bienes valiosos socialmente. Esta verificación es importante porque conduce al fundamento teleológico de la incriminación de los delitos de peligro: la prevención de males para bienes dignos de tutela”⁴⁰⁸.

Por último, para terminar de esclarecer la construcción teórica de una noción de peligro válida en sede penal, debemos sumar a las dos dimensiones del peligro ya analizadas (peligro general o pre-jurídico y peligro normativo), un tercer –y último– eslabón–, el cual se construye en base al requisito de tipicidad⁴⁰⁹: para que el peligro sea penalmente relevante, no basta con que

⁴⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.324.

⁴⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p.323.

⁴⁰⁹ Si bien, muchas veces el principio de tipicidad ha quedado excluido del estudio del concepto de peligro (pues se da por subentendido), consideramos conveniente su tratamiento, principalmente por su importancia, pues la tipicidad de la conducta constituye un requisito *sine qua non* para su punibilidad (calificación de ilícito penal), y también por la claridad que nos puede brindar su estudio.

exista una alta probabilidad de lesión para un bien jurídico penal, sino que –como exigencia que impone el principio *nullum crimen sine lege*–, la acción peligrosa debe previamente haber sido tipificada por la ley como delito.

Se ha señalado por algunos autores que “el tipo penal de peligro no hace otra cosa que recoger una regla de experiencia: se penalizan ciertas acciones que provocan resultados de peligro porque, precisamente en estos casos, se ha demostrado que la lesión es frecuente; se trata, por tanto, de reglas de experiencia o de conducta en abstracto”⁴¹⁰. Si bien, dicha definición nos parece útil en cuanto es ilustrativa para comprender la forma en que se cristaliza el peligro como fenómeno de la realidad en el plano jurídico, es reduccionista e incompleta, pues no da cuenta de la dimensión doblemente valorativa que entraña la decisión del legislador de tipificar como delitos determinadas conductas y no otras, más allá de la probabilidad de lesión que estas presenten. Dicha probabilidad de lesión cumple principalmente una función negativa, al constituirse como un límite para el legislador, quién no podrá –al menos en teoría– tipificar conductas que en el plano objetivo no sean riesgosas. Pero la decisión de tipificar una conducta como delito, es eminentemente una decisión política⁴¹¹.

⁴¹⁰ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.8. (Nota al pie N° 98).

⁴¹¹ Al respecto ver CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp. 50 y ss.

En efecto, entre todos los comportamientos que según las reglas de la experiencia aparecen como *ex ante* idóneos para lesionar un bien jurídico, el legislador seleccionará, en base a un juicio valorativo, aquellos que considera con la suficiente relevancia penal para ser tipificados como delitos. Si bien dichos criterios axiológicos presentan como elemento central al bien jurídico penal, no podemos olvidar las otras variables de carácter político-criminal que entraña dicha decisión: riesgo permitido⁴¹², efectos simbólicos, presión social, impacto mediático, etc. Un caso ilustrativo a este respecto son la creación de las leyes *ad hoc*, en aquellos casos en que la presión ciudadana y sobre todo la opinión pública, han sido decisivas en su promulgación. Ejemplos de esta práctica sobran: Ley Zamudio (Ley N° 20.609), Ley Emilia (Ley N° 20.770, que modifica la Ley del Tránsito), y actualmente la suma urgencia otorgada desde el Ejecutivo al proyecto de ley que establece penas privativas de libertad en casos de colusión, como reacción al denominado escándalo del papel *tissue*.

“Concluyendo, el concepto de peligro –una vez superadas las teorías objetivas y subjetivas del mismo–, se define como un concepto normativo, para el que la probabilidad o posibilidad de lesión de un bien jurídico supone un

⁴¹² “La disminución paulatina del índice legal de alcohol en sangre permitido viene a constatar la dependencia del grado de peligro penal respecto del riesgo permitido, porque es evidente que estadísticamente el grado de peligro objetivo de la conducción con un índice de alcohol en sangre de 1,5 gramos de alcohol por litro de sangre no era distinta en 1988 de lo que lo es en 1998 y, sin embargo, en aquel momento, al menos en España, se toleraba y en la actualidad no”. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.51. (Nota al pie N° 71).

indicio necesario, pero no suficiente por sí mismo, para dotarlo de contenido”⁴¹³. De este modo, los cánones apreciativos y valorativos que entraña la determinación del peligro penalmente relevante se presentarán tanto en el proceso de tipificación que lleva a cabo el legislador, como en el juicio de peligro que realizará posteriormente el juez. Así, en ambas sedes (con mayor intensidad en el proceso de tipificación), “habrá que tomar en consideración otras variables, que no tienen relación alguna con la probabilidad causal-naturalista, como son la clase de bien jurídico-penal afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada”⁴¹⁴.

3.1.6. Peligro y peligrosidad. Cuestiones terminológicas emergentes⁴¹⁵

En la moderna ciencia del Derecho Penal, han adquirido gran relevancia aquellas propuestas dogmáticas que advierten la necesidad de distinguir al interior del concepto normativo de peligro –entendiendo por tal, la probabilidad o posibilidad de daño o lesión para un bien jurídico penalmente protegido–, dos dimensiones terminológicas distintas, según si el peligro se predica de una conducta (peligrosidad de la acción) o de una situación que surge a raíz de ésta (puesta en peligro). Quienes defienden esta tesitura, señalan que la falta de

⁴¹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.51.

⁴¹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.52.

⁴¹⁵ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. *Op. Cit.* p.18.

precisión e inestabilidad conceptual de la que adolece el término “peligro” en la esfera penal, se favorece si se pretende aplicar indistintamente una misma noción a dos objetos o realidades distintas, sin advertir las implicancias dogmáticas que entraña el uso de la expresión “peligro”, ya sea como adverbio que se predica de una conducta o, por el contrario, como estado que se produce como consecuencia de ella.

Desde esta perspectiva, se habla de “peligrosidad” como cualidad inherente a una acción, la cual se califica como peligrosa por presentar ciertas características que determinan su aptitud o idoneidad para lesionar o poner en peligro un bien jurídico penal. Por otra parte, el término “puesta en peligro” se relaciona con el estado o situación en que se encuentra un bien jurídico cuando ingresa en el radio de acción de un determinado comportamiento peligroso, con la probabilidad de ser lesionado⁴¹⁶; así, se habla en este caso de un resultado de peligro, en tanto este último constituye “una consecuencia o estado originado por la acción (peligrosa) y ulterior a ella”⁴¹⁷ (resultado en sentido material).

Cerezo Mir señala que nos encontramos frente a una acción peligrosa, cuando el peligro aparece como una cualidad inherente a la misma⁴¹⁸, mientras

⁴¹⁶ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p.513.

⁴¹⁷ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 34. p.830.

⁴¹⁸ CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. [en línea] Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, 2002. Núm 10.

que, “para que pueda hablarse de un resultado de peligro, es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable”⁴¹⁹. En términos muy similares, señala Hirsch que la puesta en peligro de un bien jurídico “ocurre cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho (acción peligrosa), con la probabilidad de ser lesionado; se trata, por tanto, de un estado. Por el contrario, existe una acción concretamente peligrosa cuando una actuación entraña la concreta probabilidad de lesión de un objeto. La peligrosidad concreta es, por consiguiente, simple característica de la conducta [...]”⁴²⁰.

Como tendremos ocasión de ver en el siguiente apartado, la trascendencia dogmática que implica distinguir entre “peligro” y “peligrosidad”, se proyectan con especial relevancia en el ámbito del juicio de peligro y en la sistematización de los delitos de peligro, dando lugar a una tercera categoría delictiva denominada “delitos de peligro hipotético, abstracto-concreto o potencial”.

<<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>>. [consulta: 25 de junio de 2015]. p.49.

⁴¹⁹ *Ibíd.*

⁴²⁰ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p.513.

3.2. Juicio de peligro

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, el peligro para el bien jurídico cumple un rol fundamental al interior de la teoría del delito, pues en virtud de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y *ultima ratio*, viene a delimitar el ámbito de lo legítimamente punible, al exigir que el Derecho Penal castigue únicamente conductas que lesionen o pongan en peligro a estos intereses. La necesaria relación de lesividad que debe vincular a una conducta (acción u omisión) con el bien jurídico protegido por la norma (y que en doctrina da lugar a la noción material de delito), se cristaliza en el concepto de antijuridicidad material. Como consecuencia de lo anterior, para que un comportamiento sea legítimamente punible, no bastará la simple coincidencia formal de éste con la acción descrita en el tipo legal (antijuridicidad formal), sino que –como exigencia que impone el principio de ofensividad– se requerirá siempre verificar en el caso concreto, que dicha conducta ponga en peligro o lesione al bien jurídico tutelado por la norma (antijuridicidad material)⁴²¹. En otras palabras, la antijuridicidad del comportamiento no se agota con su tipicidad⁴²², siendo esta última sólo un “primer matiz valorativo” a

⁴²¹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2013. Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile. pp.131 y 132.

⁴²² VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.230.

través del cual “el legislador establece una pauta de valoración [...] que requiere ser precisada por el juzgador”⁴²³.

La necesaria abstracción que caracteriza a toda norma jurídica, en tanto “ésta debe regular supuestos de hecho lo suficientemente amplios para que distintos eventos puedan tener cabida en el arco de su regulación”⁴²⁴, determina que sea el juez el encargado de verificar que la conducta ha sido peligrosa o lesiva en las circunstancias particulares en que obró el agente, concretando la explicable abstracción del legislador al tipificar la acción⁴²⁵. Si bien, todo tipo penal –ya sea de lesión o peligro– es abstracto (y como tal requerirá siempre de la realización de un “juicio” o valoración por parte del operado jurídico), la labor que cumple el juzgador en los delitos de peligro revela particularidades que no están presentes en los delitos de lesión, toda vez que la ausencia de un efecto perceptible por los sentidos –como modificación del mundo exterior– complejiza su tarea.

Como consecuencia de las dificultades que origina el carácter inmaterial del peligro y de los intereses protegidos a través de estos ilícitos, es que tanto la

⁴²³ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.233.

⁴²⁴ CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. [en línea] Revista de Derecho de Valparaíso. N° XXXIV. 1º semestre de 2010. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616611007>> [consulta: 19 de julio de 2014]. p.258. Sobre el mismo punto, además precisa: “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”.

⁴²⁵ CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* pp.245 y 246.

doctrina como la jurisprudencia, han debido redoblar sus esfuerzos en la fijación de criterios interpretativos fiables que permitan determinar la real afectación del bien jurídico⁴²⁶. En este marco surge el juicio de peligro, el cual constituye una categoría o herramienta dogmática que aspira a la racionalización de las pautas que permitirán al juez determinar la existencia del peligro en el caso concreto.

Al respecto, llama la atención que la literatura jurídica en general, haya omitido realizar una definición del juicio de peligro, encontrándose ausente de igual forma el análisis sistemático de los presupuestos en base a los cuales se construye el mismo. Sobre este punto, y en aras de facilitar la comprensión de este apartado, es posible definir –a grandes rasgos– al juicio de peligro como un proceso lógico, por medio del cual el operador jurídico, tomando como sustrato la conducta que en abstracto el legislador ha tipificado como peligrosa, valora si una situación determinada constituye un peligro objetivo idóneo en el caso concreto⁴²⁷. Dicha valoración implica decidir en base a las distintas variables que configuran el supuesto de hecho sometido al conocimiento del juez, la probabilidad o posibilidad de lesión para el bien jurídico penalmente protegido.

⁴²⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.122.

⁴²⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp.57 y 58.

El problema fundamental –y que ha ocupado el centro del debate dogmático– es la determinación de las circunstancias que han de conformar la base del juicio de peligro. En concreto, la discusión gira en torno a dos ejes fundamentales. El primero de ellos, dice relación con el tiempo en que ha de realizarse el juicio: ¿deben incluirse sólo aquellas circunstancias presentes al momento de la acción, o también aquellos hechos que se producen con posterioridad a ella? El segundo, se vincula con el grado de conocimiento que ha de utilizar el juzgador: “¿sólo se considerarán las circunstancias ‘cognocibles’ o conocidas por el sujeto agente, o además aquellas reconocibles por una persona media, o incluso un experto, aunque no fueran conocidas por el autor?”⁴²⁸.

En terminología jurídico-penal, estas interrogantes dan lugar a la perspectiva o juicio *ex ante*, y a la perspectiva o juicio *ex post*⁴²⁹. Sin embargo, respecto al significado o contenido específico que ha de atribuirse a cada una de estas perspectivas, parece más bien reinar un clima de confusión, o al menos, de deficiente conceptualización⁴³⁰. No obstante los altos grados de indeterminación de los que adolece el significado atribuido al binomio “*ex ante/ex post*”, es posible observar, como ya adelantamos, la preeminencia de dos variables centrales en base a las cuales se distingue y delimita cada una de estas

⁴²⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p. XXI.

⁴²⁹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.220.

⁴³⁰ CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* pp. 248.

perspectivas: el momento en que se realiza el juicio y los grados de conocimiento que debe poseer el observador imparcial.

“Respecto al juicio de peligro, el primer aspecto que hay que decidir es el momento en qué se debe de realizar”⁴³¹. Si bien, “[p]or la propia naturaleza de las cosas, es evidente que el juicio se llevará a efecto en un momento posterior al de la realización de la situación peligrosa, pues no es materialmente posible un juicio sobre el peligro objetivo inherente a un caso concreto si previamente no se ha producido efectivamente esa situación”⁴³², cuando se habla de perspectiva *ex ante/ex post*, no es a este criterio de temporalidad concreta o fáctica al que se hace referencia; lo que se busca definir a través de este parámetro, es el momento o lugar en la línea de tiempo que debe tomar el observador objetivo, a fin de determinar las circunstancias que se han de considerar al momento de juzgar la probabilidad o inminencia del daño⁴³³.

A partir de este primer aspecto de orden temporal –y para los efectos que interesan en este análisis–, básicamente, es posible proyectar la existencia de tres escenarios: el primero de ellos, situando al observador en el momento en que se ejecuta la acción, en cuyo caso solo podrá considerar como base del

⁴³¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.58.

⁴³² *Ibíd.*

⁴³³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.59.

juicio aquellas circunstancias reconocibles al tiempo de la realización de la conducta riesgosa; el segundo, adoptando como momento del juicio el del resultado, debiendo incluir además, todos aquellos hechos cognoscibles al momento en que se produce la situación o estado de peligro; y finalmente, escogiendo como tiempo del juicio aquel en que efectivamente el juez valora la concurrencia del peligro (es decir, con posterioridad al resultado), señalándose en general que en este caso, se deben considerar todos los acontecimientos, sea cual sea el momento en que se han producido.

La importancia que presenta el tiempo o momento escogido es que, a partir de este parámetro temporal, se establece un primer filtro o tamiz en la definición de los acontecimientos que han de conformar el juicio de peligro, operando –como es posible observar– una ampliación de las circunstancias que conforman la base del mismo en orden ascendente⁴³⁴. Así, desde una perspectiva *ex ante*, el juez deberá situarse (imaginariamente) en el momento en que se realizó la conducta riesgosa, debiendo considerar exclusivamente aquellas circunstancias reconocibles al tiempo de la acción, abstrayendo de la base del juicio de peligro los hechos acaecidos con posterioridad, aunque desde una perspectiva *ex post* éstos resultasen determinantes. En este caso,

⁴³⁴ Al respecto, es preciso adelantar que la primera de estas alternativas –momento de la acción– corresponde a la perspectiva *ex ante* (juicio que generalmente se vincula a la valoración de la peligrosidad de la acción); mientras que la segunda –momento del resultado–, y la tercera –tiempo en que efectivamente se realiza el juicio–, corresponden a la perspectiva *ex post*, mecanismo que habitualmente se utiliza para determinar la valoración de la existencia de un resultado o situación de peligro.

“el juicio de probabilidad se entiende como una prognosis póstuma, que se ocupa del comportamiento, al juzgar una conducta que ya se realizó y que se califica de peligrosa frente a sus posibles consecuencias a la hora de su ejecución”⁴³⁵. Desde esta perspectiva, lo que interesa es la conducta y sus proyecciones, independiente del resultado de lesión o de peligro⁴³⁶. “Naturalmente y conforme a esta posición, si entre la acción y el resultado transcurre un lapso temporal en el que se producen una serie de circunstancias, aunque conste que éstas pueden condicionar el juicio, quedarían excluidas de la conformación de la base, puesto que se han producido en un momento posterior a la acción y lo que se está juzgando es la peligrosidad de ésta”⁴³⁷.

Por otro lado, cuando se hace referencia a la perspectiva o juicio *ex post*, la ubicación que debe tomar el observador objetivo en la línea de tiempo, constituye un aspecto menos claro y más ajeno al consenso. No obstante –tal como adelantamos en el párrafo anterior–, es posible advertir en las opiniones vertidas por la doctrina, básicamente dos posturas.

La primera de ellas, estima que el juez debe situarse en el momento en que se produce el resultado de peligro, el cual se verifica “cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho con la probabilidad de ser

⁴³⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.226.

⁴³⁶ *Ibíd.*

⁴³⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.104.

lesionado”⁴³⁸; es decir, aparece como una situación “que resulta de la totalidad de las circunstancias en que se encuentra un bien jurídico”⁴³⁹ y que tiene su génesis en un proceso causal que se desencadena con una acción peligrosa, que al entrar en contacto con el bien jurídico produce un estado de inminente daño para este último. En este sentido, señala Hirsch que para la determinación del peligro (como resultado) se debe recurrir a una prognosis posterior, que incorpore en la base del juicio de probabilidad todas aquellas circunstancias objetivas cognoscibles en la situación espacio-temporal en que se encontraba el bien jurídico⁴⁴⁰.

Como puede observarse, opera en este caso una ampliación de la base del juicio, en tanto ésta se configura ya no sólo por las circunstancias presentes al momento de la acción, sino que también debe incluir aquellos hechos que se producen con posterioridad a ella, en el lapso de tiempo que transcurre entre la conducta y el resultado de peligro. Téngase presente, no obstante, que en este caso también opera una abstracción voluntaria y consciente de determinadas circunstancias, en tanto únicamente se tienen en cuenta aquellos hechos que constasen en el momento en que la situación de peligro se produjo, y no los posteriores⁴⁴¹. De este modo, se ha señalado por algunos autores que “a pesar del avance que supone la ampliación de la base del juicio respecto de la

⁴³⁸ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p. 513.

⁴³⁹ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p. 516.

⁴⁴⁰ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* pp. 520 y 523.

⁴⁴¹ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p. 92.

perspectiva *ex ante* en sentido estricto, no se obvian con ello las críticas de abstracción, complejidad y construcción de un supuesto inexistente. Si de lo que se trata aquí es de verificar la existencia de un elemento objetivo, no podemos prescindir de los hechos que han ocurrido efectivamente, a riesgo de convertir el juicio en cualquier cosa, menos en un juicio objetivo”⁴⁴².

La segunda hipótesis se estructura a partir de una concepción objetiva del peligro, y se inclina por situar al juzgador en el momento en que efectivamente se realiza el juicio, es decir, con posterioridad a la producción de un resultado de peligro, debiendo incluir en la base del mismo todas las circunstancias cognoscibles, independiente del momento en que estas se hayan producido. Así, Escrivá Gregori señala que para evaluar la efectiva concurrencia del peligro “no tenemos por qué cortar el tiempo y limitarnos sólo a aquellos saberes o circunstancias conocidos o cognoscibles en el momento de la acción o de la situación objeto del juicio”⁴⁴³, pues se caería en el absurdo de “no tener en cuenta la producción de un resultado a consecuencia de la acción o situación peligrosa a los efectos de determinar si ésta lo fue o no”⁴⁴⁴.

“La adopción del momento *ex post* en el juicio de peligro constituye una consecuencia lógica de la definición objetiva del concepto de peligro y de su

⁴⁴² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.104.

⁴⁴³ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p. 92.

⁴⁴⁴ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.93.

necesaria atribución al resultado. Esto significa que para verificar si se ha producido o no un resultado peligroso, es necesario tener en cuenta todas las circunstancias, sea cual sea el momento en el que se han producido [...]”⁴⁴⁵. En consecuencia, en esta teoría se prescinde de la ficción que traslada al observador al pasado –y consecuentemente lo obliga a abstraerse del conocimiento causal que posee del devenir de los hechos–, pues aquí lo que se trata es de juzgar algo dado, una situación o estado, debiendo el juez incluir en la base del juicio todas las circunstancias cognoscibles a su alcance. De este modo, “si resulta que con posterioridad se nos aparecen datos inexistentes en el momento de la actuación o de producción de una situación, datos que nos ayudan a hacernos una idea más exacta de lo que tal actuación o situación comportaba, no podemos prescindir de ellos”⁴⁴⁶.

Ahora bien, con determinar el momento en que ha de situarse el observador para realizar el juicio, nos quedamos a medio camino si no precisamos cual es el grado de conocimiento que éste debe poseer al tiempo de evaluar la existencia o no de una acción o situación peligrosa. Lo último, constituye una consecuencia natural y obvia de las distintas formas en que percibimos la realidad, la cual ciertamente se encuentra condicionada por el acervo cultural y el grado de conocimiento epistemológico y ontológico que posee el sujeto. Así, evidentemente, la valoración de las circunstancias concurrentes que realice un

⁴⁴⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.102.

⁴⁴⁶ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.94.

experto en orden a determinar la probabilidad o inminencia del daño, será habitualmente distinta de la valoración y las conclusiones a las que arribe una persona media. En otras palabras, el juicio de peligro se efectúa sobre una base de datos que contiene las circunstancias o condiciones presentes en un determinado instante (momento del juicio), a cuya detección y valoración accede el observador a partir del mayor o menor grado de conocimiento (ontológico y gnoseológico) que este posea. Lo anterior es especialmente evidente en aquellos casos en que se requiere para ponderar o valorar adecuadamente estos datos, conocimientos expertos o especializados, como es el caso del médico ante los síntomas de una enfermedad, o del bioquímico frente a una sustancia nociva.

En consecuencia, para determinar las circunstancias que configurarán la base del juicio de peligro, no bastará con definir el momento en que este ha de realizarse, sino que necesariamente, este aspecto de orden temporal debe conjugarse con una segunda variable: el grado de conocimiento con que ha de contar el observador imparcial. “El baremo a utilizar para decidir quién es ese espectador objetivo [...] sigue siendo un punto conflictivo para la doctrina penal, cuyo núcleo esencial se relaciona con la naturaleza objetiva o subjetiva del juicio”⁴⁴⁷. Sobre este punto, es posible observar en las elaboraciones desarrolladas por la doctrina, la preeminencia de cuatro hipótesis fundamentales.

⁴⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.60.

La primera de ellas, sostiene que “la base del juicio de peligro, sólo debe incluir aquellas circunstancias conocidas por el sujeto agente en el momento en que este realiza la acción”⁴⁴⁸, operando una especie de subrogación personal del espectador objetivo en el “lugar” del autor⁴⁴⁹. A favor de esta tesis se pronuncia Appel: “es de justicia, que el autor no se vea afectado por hechos que no conocía [...]; si “la prohibición penal se dirige a la consciencia del sujeto, sólo pueden prohibírsele las conductas peligrosas partiendo del conocimiento de la situación de que éste disponga”⁴⁵⁰. En relación a este baremo de naturaleza subjetiva, surge el problema de los especiales conocimientos y las facultades excepcionales que puede poseer el sujeto activo. Sobre este punto, Mir Puig ha señalado: “[s]i el fundamento de lo injusto es la peligrosidad apreciable *ex ante* por un observador objetivo situado en el momento de la acción y dotado de todos los conocimientos de que dispone el autor al actuar, la concurrencia de la antijuridicidad [...] dependerá no sólo de los conocimientos inferiores a lo normal con que pueda contar el agente, sino también de los conocimientos especiales que posea”⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.63.

⁴⁴⁹ *A contrario sensu* CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.60.

⁴⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. 1982. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 2ª ed. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A. p. 77. El autor, hace referencia con esta cita, al problema de los especiales conocimientos y facultades excepcionales del sujeto en los delitos culposos.

⁴⁵¹ MIR PUIG, Santiago. 1982. Función de la pena y teoría del delito... *Op. Cit.* p.78.

Este parámetro ha sido blanco de numerosas críticas, siendo especialmente relevantes aquellas que señalan la evidente confusión que se produce con la culpa o dolo. Asimismo, se ha declarado que esta teoría subjetiviza en demasía la determinación del peligro, en tanto “la naturaleza irrepetible y única de cada ser humano”⁴⁵², impediría la construcción de una base generalmente válida para el juicio de peligro. Por último, se critica que a partir de esta concepción personalista, se estaría vulnerando el principio de igualdad, toda vez que se utilizaría un baremo más o menos riguroso en atención a las especiales capacidades o conocimientos que posee el autor, v. gr. se beneficiaría la negligencia o especial falta de atención de quien realiza la acción riesgosa, mientras que se castigaría el mayor nivel de conocimiento o experticia del sujeto activo (por ejemplo en el caso de un experto).

Una segunda hipótesis, en el afán de utilizar un parámetro más objetivo de medición, recurre a la figura del “hombre medio”. Desde esta perspectiva, para determinar la base del juicio de peligro, el espectador objetivo debe estarse a los conocimientos que posee una persona con una experiencia normal, no especialmente cualificada⁴⁵³; se trata de un criterio generalizador que aspira representar el juicio de la sociedad. “En este sentido, ya Busch, en base a Finger, se refería a la experiencia general que los hombres de una época determinada tienen y que puede quedar representada en los conocimientos de

⁴⁵² CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p.249.

⁴⁵³ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.86.

un hombre medio, conocimientos que, por otra parte, van aumentando a medida que se popularizan nuevos descubrimientos técnicos”⁴⁵⁴.

No obstante, esta hipótesis tampoco se encuentra exenta de críticas, pues en estricto sentido, no se considerarían aquellos conocimientos que posee el sujeto activo en virtud de su especial vinculación con los hechos, o por la específica cualificación que posee el agente, situación que no constituye un asunto menor en el caso de los delitos contra la salud pública. En efecto, si bien en Chile, a diferencia de otras legislaciones, los delitos alimentarios y farmacológicos no constituyen tipos especiales, en cuanto no se exige que el sujeto activo sea un “profesional” que se desempeñe con carácter estable como fabricante, expendedor, distribuidor o vendedor de dichas sustancias, lo cierto es que las características propias del sector del tráfico jurídico en que se desarrollan estos ilícitos, imponen que el sujeto activo sea generalmente un empresario que se dedica habitualmente a dicha actividad. Así, por la información privilegiada respecto de los productos que comercializan estos agentes, y sobre todo teniendo presente la “gran capacidad de que disponen para propagar posibles riesgos a un extenso colectivo de destinatarios”⁴⁵⁵, los deberes de responsabilidad propios de su rol en el entramado social, imponen

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

⁴⁵⁵ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. La tutela penal de los consumidores... *Op. Cit.* pp.sp.

que éstos tengan la obligación de poseer un concomimiento experto respecto de los efectos nocivos de los bienes y servicios que introducen en el mercado.

Como respuesta a estas críticas, surgen algunas posturas intermedias que buscan conciliar el parámetro o baremo del hombre medio con los especiales conocimientos que pueda o deba detentar el autor. En esta línea se pronuncia Antolisei, quien señala que “[e]l juicio que deriva de este proceso lógico, basado en los conocimientos del hombre medio, integrados con aquellos eventualmente mayores del sujeto, bien puede considerarse el juicio de la comunidad social, en cuanto representa la opinión que la generalidad de los hombres habría expresado si se hubiese encontrado en el lugar del agente”⁴⁵⁶. En otras palabras “el juez, situándose en el momento de la acción, después de haber tomado en consideración todos los conocimientos del autor, debe tener en cuenta los conocimientos de un hombre normal (de la generalidad de los hombres) completando, eventualmente, unos con otros”⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸.

La tercera hipótesis surge como consecuencia de los graves inconvenientes que presenta la figura del hombre medio (e incluso de aquellos baremos

⁴⁵⁶ ANTOLISEI, Francesco. 1975. *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. Milano, Editorial Giuffré, Milano, p.182. Citado en: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.63. (Nota al pie N° 26).

⁴⁵⁷ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p 86.

⁴⁵⁸ A mayor abundamiento declara Corcoy Bidasolo: “Al Derecho Penal en el juicio de peligro, no le interesan todos los factores creadores de riesgo, sino solamente aquellos conocidos por el sujeto, o que el sujeto, dadas las circunstancias tenía el deber de conocer” CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 2005. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial B de f. p.179.

mixtos), en tanto sus conocimientos pueden resultar deficitarios cuando se requiere un especial saber, es decir, el parecer de un experto. Así, Jakobs intenta salvar dichas deficiencias y recurre al parámetro del observador entendido: “[o]bservador entendido es el experto competente para la situación de conflicto del género que está en cuestión en sí [...], o sea, para los peligros de fuego, el bombero profesional; para los peligros en una obra, el experto en cálculo de resistencia de materiales; para enfermedades, el médico, etc.”⁴⁵⁹. “El pronóstico ha de realizarse [...] objetivamente *ex ante*, queriendo decir objetivamente que no importan las capacidades del respectivo observador, sino las de un observador entendido”. En esta misma hipótesis, pero desde una dimensión distinta, aborda el problema Hirsch, quien también exige el juicio de un experto, pero –al contrario de Jackobs– lo ubica en la línea de tiempo desde una perspectiva *ex post*, situándolo en el momento en que se produce el resultado de peligro. “Existe una situación de peligro, cuando una evaluación objetiva de un experto lleva al resultado de que en el momento en el cual el objeto entra en el ámbito del acontecimiento causal, es de suponer que existe la posibilidad de la lesión de un determinado bien jurídico”⁴⁶⁰. La evaluación de un estado objetivo de peligro, no debe realizarse desde el punto de vista del autor, ni del círculo en el que este se desenvuelve, sino que la base del juicio de

⁴⁵⁹ JAKOBS, Günther. 1997. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. p.500.

⁴⁶⁰ HIRSCH, Hans Joachim. 2008. Sistemática y límites de los delitos de peligro. [en línea] Revista Latinoamericana de Derecho. Enero – diciembre de 2008. Núm. 9-10. Año V. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>> [consulta: 29 de agosto de 2014]. p.160.

probabilidad debe construirse a partir de todas las circunstancias objetivamente constatables por un experto, en la situación espacio-temporal en que se encontraba bien jurídico. Esta perspectiva surge como consecuencia de la consideración del peligro como un estado o situación objetiva, que se presenta como resultado de una acción peligrosa, y en el que el eje central del juicio ya no es la acción (donde podría ser relevante la perspectiva del autor), sino que el bien jurídico⁴⁶¹.

Ahora bien, sobre el grado de calificación del experto, Hirsch precisa que el concepto de peligro como fenómeno de la realidad social no puede exigir más que la competencia de un especialista medio. Lo anterior se confirma desde el punto de vista práctico, “toda vez que la resolución judicial se vale como medida auxiliar del perito común, y no del completo conocimiento empírico humano”⁴⁶², lo cual sería procesalmente irrealizable.

Finalmente, una cuarta hipótesis plantea que no debe limitarse la base de conocimientos para realizar el juicio, sino que el juez debe utilizar todos los conocimientos ontológicos y gnoseológicos a su alcance, a fin de juzgar del modo más exacto posible la existencia de una acción o situación peligrosa. Esta postura surge como consecuencia de una visión estrictamente objetiva del peligro, que lo concibe como un fenómeno de la realidad (asimilable a la lesión),

⁴⁶¹ HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* pp. 517 y 518.

⁴⁶² HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p.518.

que posee una existencia absolutamente autónoma del observador, quién si bien realiza un juicio en base a los datos o hechos que conoce u observa en un determinado momento, dicha cognición es indiferente respecto a la efectiva presencia de esos datos o circunstancias⁴⁶³. Al respecto, señala Horn “que el peligro es un ‘estado de cosas definido’, y la labor del juez como observador objetivo, no es creativa sino que reproductiva”⁴⁶⁴; es decir, debe intentar reproducir de la forma más exacta posible, con la mayor cantidad de datos a su alcance, la situación o estado riesgoso, a fin de constar o verificar la existencia del peligro. Sobre este punto declara Escrivá: “[s]i queremos tener, evidentemente, una base ontológica adecuada, no podemos estar a lo que el autor, o un hombre medio, o, incluso, un experto, puedan reconocer en los hechos. Decisivas serán todas las circunstancias que puedan ser conocidas, lo cual no quiere decir que la afirmación de la existencia de la situación de peligro o de la acción peligrosa implique ya de por sí la responsabilidad del autor”⁴⁶⁵.

No obstante el carácter eminentemente teórico que a simple vista parece tener esta discusión, lo cierto es que la conjugación de ambas variables (momento y grados de conocimiento), da lugar a problemas de difícil solución en la práctica; conflictos que no presentan un carácter excepcional, sino que por el contrario, constituyen uno de los desafíos fundamentales a los que se debe

⁴⁶³ GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p.76.

⁴⁶⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p.83.

⁴⁶⁵ ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. *Op. Cit.* p.90.

enfrentar el moderno Derecho Penal en sede procesal. En efecto, “[e]n la actualidad revisten especial importancia los riesgos derivados de las nuevas tecnologías, cuyas consecuencias a medio y largo plazo son desconocidas, incluso para los científicos que las desarrollan”⁴⁶⁶. “Dicho desconocimiento es neurálgico en sectores propios de la ‘sociedad de riesgo’ y objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente [...] en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos”⁴⁶⁷, donde se evidencian con claridad las dificultades a las que se enfrenta el juez al momento de juzgar *a posteriori* –y a la luz de los progresos que ha experimentado el conocimiento– el peligro que entrañaba una determinada situación o acción acaecida en el pasado. Esta cuestión ha sido debatida en torno al famoso caso de la “Talidomida”, “en que de acuerdo con las exigencias y conocimientos científicos de la época no se podía conocer el peligro objetivo que suponía el consumo del tranquilizante denominado ‘Contergan’⁴⁶⁸; la misma cuestión es la que subyacía en los juicios realizados en Francia y España, sobre la transmisión del virus VIH por no realizar análisis de la sangre que iba a ser transfundida”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.92.

⁴⁶⁷ CARO CORIA, Dino. 2006. *Op. Cit.* p. 6. (En relación a la imposibilidad de contar con leyes fenomenológicas deterministas, para la determinación del nexo causal en los casos de responsabilidad penal por el producto).

⁴⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.54. (Nota al pie N° 77).

⁴⁶⁹ *Ibíd.*

3.3. Clasificación de los delitos de peligro

De las distintas clasificaciones que pueden hacerse de los tipos penales, encontramos aquella que distingue entre tipos de pura actividad y tipos de resultado, obedeciendo esta categorización a la suficiencia o no de la conducta prohibida para la consumación del tipo penal⁴⁷⁰. Así, los delitos de mera actividad “[s]on aquellos cuya comisión depende de la sola realización de la conducta prohibida por la ley”⁴⁷¹; mientras que los delitos de resultado exigen para su consumación, además de la conducta típica, “una modificación del mundo exterior, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la acción, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal”⁴⁷².

Dentro de los tipos de resultado, la doctrina en general ha reconocido la existencia de tipos de lesión y tipos de peligro⁴⁷³, basando esta distinción principalmente en la intensidad del ataque o afección al bien jurídico⁴⁷⁴. Al respecto, Bustos Ramírez señala que “son delitos de lesión aquellos en los que hay una destrucción o menoscabo del bien jurídico, como sucede en el

⁴⁷⁰ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.2.

⁴⁷¹ BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. 2007. *Op. Cit.* p.18.

⁴⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. 1984. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Trivium. p. 53.

⁴⁷³ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.2.

⁴⁷⁴ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. 2008. *Op. Cit.* p.13. Sin embargo, como veremos más adelante, esta aseveración merece algunas precisiones.

homicidio, en las lesiones, en el hurto, en el robo, en la estafa, etc.”⁴⁷⁵, y son delitos de peligro “aquéllos en los que existe la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado”⁴⁷⁶. Por su parte, Rodríguez Devesa afirma que “el delito de lesión es aquel en que el tipo del injusto incorpora la destrucción de un bien jurídico. El delito de peligro, en cambio, no comporta la destrucción, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca; la situación de peligro es a su vez, resultado de la conducta del sujeto”⁴⁷⁷. Finalmente, Barbero Santos “entiende que en los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión”⁴⁷⁸.

Tradicionalmente, los tipos de peligro se han sistematizado a su vez en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, según si el tipo penal incorpora al peligro como elemento del mismo; o por el contrario, si sólo se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido⁴⁷⁹. Así, en los delitos de peligro concreto, el peligro es un elemento del tipo y se exige en consecuencia para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo

⁴⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.* p.284.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. 1994. Derecho Penal Español. Parte General. 17^a edición. Madrid, Editorial Dykinson. p.427.

⁴⁷⁸ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. 2008. *Op. Cit.* p.13.; BARBERO SANTOS, Marino.1973. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”. Madrid, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 26 (1973) 3. pp. 487 - 492.

⁴⁷⁹ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.3.

efectivamente la situación de peligro. Por su parte, en los delitos de peligro abstracto, “el peligro no constituye un elemento típico, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta”⁴⁸⁰. Además de esta clásica distinción bipartita, en general la doctrina moderna ha optado por incluir una tercera categoría, dando lugar a los denominados “delitos de peligro hipotético”, “abstracto-concreto” o “potencial”, los cuales se caracterizarían por “incorporar en el tipo penal elementos de aptitud o de idoneidad sobre la potencialidad lesiva de la conducta, cuya concurrencia debe ser constatada en el caso concreto por el juez”⁴⁸¹.

Antes de entrar de lleno en el análisis de las categorías a las que da lugar la sistematización de los delitos de peligro, es preciso advertir que la definición de éstos últimos como tipos de resultado, constituye una afirmación que requiere de varias precisiones dogmáticas para evitar interpretaciones y conclusiones inexactas⁴⁸². En este sentido, señala Beristain que “[i]ncluir dentro del título ‘delitos de resultado’ a todos los delitos de peligro (abstracto, concreto, hipotético), puede suponer la equiparación de realidades dispares en puntos dogmáticos fundamentales”⁴⁸³. Lo anterior es especialmente evidente en el caso de los delitos de peligro abstracto, donde la mayoría de la doctrina se

⁴⁸⁰ BARBERO SANTOS, Marino. 1973. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”. Madrid, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 26 (1973) 3. pp. 487 - 492.

⁴⁸¹ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.3.

⁴⁸² BERISTAIN, Antonio. 1979. Cuestiones penales y criminológicas. Madrid, Editorial Reus S.A. p. 263.

⁴⁸³ *Ibíd.*

opone a su calificación como tipos de resultado, y opta por definirlos como delitos de mera actividad.

Si bien, esta no es la oportunidad para abordar los diversos problemas dogmáticos a los que da lugar la función y contenido del resultado en Derecho Penal, lo cierto es que la imprecisión de la que adolece el término repercute negativamente en la teoría de los delitos de peligro, aportando a oscurecer un tema en sí mismo complejo, pues genera disparidad de criterios y significados al momento de erigir la clasificación de estos ilícitos a partir de la noción de resultado.

Así, en la distinción que opera entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, actúa como criterio de ordenación una noción material del mismo (es decir, según si el tipo penal exige o no para su consumación la existencia de un efecto externo, separable espacio-temporalmente de la acción); mientras que el parámetro que preside la sistematización de los delitos de resultado en tipos de peligro y de lesión, es un concepto jurídico de resultado (es decir, que surge a partir de la relación de lesividad que vincula a la conducta con el bien jurídico protegido por la norma). De este modo, en el análisis tradicional que se realiza del tema “se confunde el papel que juega el resultado en las descripciones típicas, como elemento separado de la conducta (resultado material), con aquél

que juega el resultado jurídico del delito como fundamento del injusto”⁴⁸⁴. “Se confunde entonces la relación de lesividad que une a la conducta con el bien jurídico (que puede ser de peligro o de lesión) con la técnica legislativa empleada en la descripción de los elementos que darán cuenta de la conducta punible (que puede ser de mera actividad o de resultado material)”⁴⁸⁵. Desde esta perspectiva, “es posible concebir delitos de mera actividad y de resultado material que lesionan el bien jurídico, como también es posible imaginar delitos de peligro con ambos caracteres”⁴⁸⁶, debido que ambas clasificaciones (delitos de mera actividad y de resultado, por un lado; y delitos de peligro y de lesión por otro), obedecen a nociones disímiles de resultado, que actúan en diferentes niveles en la teoría del delito (estructura típica y justificación del injusto), y que como tal pueden o no coincidir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ La confusión entre ambas perspectivas (resultado en sentido material y en sentido jurídico), se evidencia además, en las expresiones a partir de las cuales se definen el resultado en los delitos de lesión, donde usualmente se utiliza la frase “destrucción del bien jurídico”, con lo que parece aludirse a una realidad sensible, que requiere de un efecto externo y de una materialidad en que concretarse (es decir un resultado material). Sin embargo ¿son los bienes jurídicos entidades reales directamente lesionables? Lo cierto es, que esta definición de los delitos de lesión, se contradice con el carácter abstracto o ideal que presenta el bien jurídico (el que difícilmente puede ser destruido materialmente) y con el resultado en sentido jurídico al que obedece dicha categoría (que distingue entre delitos de peligro y de lesión). Sobre este punto véase VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* pp. 170 y 171; ACALE SÁNCHEZ, María. 2002. Los delitos de mera actividad. [en línea]. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, 2002. Núm 10. <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5010/Documento.pdf>>. [consulta: 3 de enero de 2015]. pp. 19 y 20.

⁴⁸⁵ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.32.

⁴⁸⁶ *Ibíd.*

⁴⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, María. 2002. *Op. Cit.* p.21.

3.3.1. Delitos de peligro abstracto

Sin duda, los delitos de peligro abstracto se han transformado durante las últimas décadas en una de las figuras más relevantes y controvertidas en el ámbito penal. Si bien se ha señalado de forma generalizada que éstos constituyen una técnica legislativa propia del moderno Derecho Penal, lo cierto es que “son figuras que tradicionalmente han estado incorporadas a la mayoría de los códigos penales y que han sobrevivido a la evolución dogmática”⁴⁸⁸. Su utilización marginal⁴⁸⁹ y la profunda falta de interés desde los inicios de su implementación, se ha visto paliada recientemente⁴⁹⁰, intensificándose su uso por considerar que éstos se acomodan a las exigencias actuales de incriminación⁴⁹¹.

Con el cambio de paradigma acerca de los fines y funciones del Derecho Penal que surge a comienzos de la década del ‘70⁴⁹², esta técnica legislativa encontró un impulso doctrinal, sistematizándose su estudio como una figura autónoma, técnicamente deslindable de la tradicional dogmática de los delitos

⁴⁸⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.129.

⁴⁸⁹ Al respecto, Cabeza señala “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. CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p.233.

⁴⁹⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.129.

⁴⁹¹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. *Delitos de peligro y resultado... Op. Cit.* p.24.

⁴⁹² CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p.233.

de lesión⁴⁹³, e “incorporando nuevas formas de criminalidad asociadas con ‘riesgos generales’, tales como delitos contra la salud pública o contra el medio ambiente”⁴⁹⁴. En efecto, ya no se trataba de una categoría orientada casi exclusivamente a infracciones de menor entidad, pues su masificación surgió como respuesta a preocupaciones sociales contingentes y objetivos prioritarios de regulación⁴⁹⁵.

Numerosas han sido las definiciones que se barajan en doctrina respecto a estos ilícitos. Roxin los ha concebido como “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”⁴⁹⁶. Así también lo ha estimado Cerezo Mir, quien los define como aquéllos en que “el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”⁴⁹⁷. Por su parte, Bustos Ramírez entiende que “se habla de delitos

⁴⁹³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.130.

⁴⁹⁴ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.23.

⁴⁹⁵ CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p.234.

⁴⁹⁶ ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal, parte general... *Op. Cit.* p. 407.

⁴⁹⁷ CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto... *Op. Cit.* p.47.

de peligro abstracto si en el proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico, y bastará con probar la realización del comportamiento típico para su consumación”⁴⁹⁸. Finalmente, Bacigalupo indica que estamos frente a un delito de peligro abstracto “cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que, según la experiencia general, representa en sí misma un peligro para el objeto protegido”⁴⁹⁹.

De los diversos conceptos que se han elaborado en el seno de la dogmática, es posible deslindar el rasgo distintivo de ésta clase de delitos, consistente en la ausencia del peligro como elemento del tipo penal. “El tipo de peligro abstracto no menciona el peligro entre sus elementos; se limita simplemente a definir una acción peligrosa porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de una acción de éstas características”⁵⁰⁰. Esta distinción, de índole meramente formal, presenta un carácter gravitante, pues a partir de la inexistencia del peligro en la configuración legislativa, la doctrina entiende que no se requiere la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido en el caso concreto y –como consecuencia natural y obvia de lo anterior–, “excluye su verificación judicial a favor de la determinación en abstracto que realiza el

⁴⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1999. Lecciones de Derecho penal, Volumen II. *Op. Cit.* p.43.

⁴⁹⁹ BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A. p.85.

⁵⁰⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.133.

legislador”⁵⁰¹. Lógicamente si la ley no incluye en el supuesto de hecho típico la expresión “peligro”, huelga⁵⁰² exigir su concurrencia en el caso concreto y, con ello, su acreditación en sede judicial. Por tanto, se produce “una traslación de la decisión sobre el peligro del juez al legislador”⁵⁰³, limitándose la labor del operador jurídico a la “comprobación de que la acción realizada posee las características que la definen legislativamente y en abstracto como peligrosas; de forma que, una vez realizada esta comprobación, se deduce la imposición de una pena sin que exista obligación judicial de verificación del peligro efectivo caso por caso”⁵⁰⁴.

En este sentido, se ha señalado que el peligro constituye “únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva”⁵⁰⁵. “Los delitos así configurados, suelen erigirse en base a una presunción de derecho (sobre la cual ahondaremos en los párrafos siguientes) o en la sola peligrosidad general del comportamiento típico”⁵⁰⁶. Si bien, ambas ideas se encuentran estrechamente vinculadas, parte de la doctrina ha optado por distinguir a partir de ellas, dos líneas argumentales distintas: la teoría de la peligrosidad general y la teoría de la peligrosidad abstracta. La primera de ellas, afirma que en estos ilícitos el peligro no es más que “el mero motivo del

⁵⁰¹ *Ibíd.*

⁵⁰² GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p. 87.

⁵⁰³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.133.

⁵⁰⁴ *Ibíd.*

⁵⁰⁵ CERESO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto... *Op. Cit.* p.47.

⁵⁰⁶ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.254.

legislador” quien recoge en el tipo una regla de experiencia: “penaliza ciertas acciones que provocan resultados de peligro porque, precisamente en estos casos, se ha demostrado que la lesión es frecuente”⁵⁰⁷; opera por tanto, un criterio deductivo: “[s]e parte de un juicio de probabilidad, en el que no se pronostica un daño concreto, sino una relación estadística entre una cierta clase de acciones y un resultado lesivo”⁵⁰⁸. La segunda de ellas (teoría de la peligrosidad abstracta), entiende que la ley “define en el tipo formas de conducta consideradas peligrosas porque poseen las condiciones mínimas suficientes para causar un daño”⁵⁰⁹. Se verifica en este caso, un proceso inductivo: toda acción que se encuadre en el tipo descrito por la norma, dará lugar a un peligro abstracto. “En definitiva, el legislador establece una presunción de que todo comportamiento típico posee la relevancia lesiva típica, realiza el peligro abstracto, aún en el caso de absoluta no peligrosidad en concreto, y por ello suele hablarse de una presunción de peligro/peligrosidad *iuris et de iure*”⁵¹⁰.

Sin embargo, debido a las implicancias mutuas que presentan ambas hipótesis, las líneas divisorias que las distinguen se desvanecen, pasando a formar parte integral de un mismo concepto. Así, la mayoría de la literatura jurídica entiende que la presunción *iuris et de iure* que establece el legislador,

⁵⁰⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.118.

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.239.

⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.241.

⁵¹⁰ *Ibíd.*

se “basa en una probabilidad o posibilidad⁵¹¹ estadística acerca de ciertos actos, que conforme una continua observación de sus resultados, permiten deducir que éstos, considerados en abstracto, tienden a producir resultados lesivos que el ordenamiento jurídico quiere proteger antes de su destrucción o menoscabo”⁵¹².

Respecto a ésta presunción en que parte de la doctrina suele fundar los delitos de peligro, se presentan variados problemas. El primero de ellos, dice relación con la indeterminación o –derechamente– confusión que reina en la literatura penal respecto a qué es lo que se presume. Sobre esta interrogante, es posible barajar tres alternativas: en la primera, se presume un resultado de lesión; en la segunda “se presume un resultado de peligro (que suele ser

⁵¹¹ “La doctrina tradicional –y aún hoy tal vez dominante– ha basado la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en dos teorías muy conectadas entre sí y que, en muchos puntos, se implican mutuamente: la peligrosidad o relevancia lesiva general (que actuaba como mero motivo para el legislador) y la peligrosidad abstracta (basada en una presunción del legislador que se consideraba *iuris et de iure*), partiendo de lo que Kindhäuser denomina críticamente el ‘paradigma del ataque’, esto es, que el fin de toda norma penal –también de los delitos de peligro abstracto– es la evitación de la lesión de bienes-jurídicos”. Ambas tienen en común la no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la acción como elementos típicos. Ciertamente se reconoce que la razón de la punición de ciertas conductas y de lo elevado de su pena es el peligro que representan para bienes jurídicos esenciales (el ejemplo más común: en el delito de incendio de un edificio destinado a vivienda o al culto, el peligro para la vida o la integridad de sus moradores o de las personas que puedan encontrarse en los mismos), pero esta consideración es puramente apriorística, la ‘razón del legislador’ o una ‘presunción’. El delito se considera consumado con la mera realización de la acción típica (y del resultado típico distinto del de la norma en los delitos de resultado), siendo absolutamente irrelevante, si en el caso concreto, hubo o no peligro”. RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.238.

⁵¹² CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p. 235.

consecuencia de una previa acción peligrosa), mientras que en la tercera alternativa se presume la peligrosidad misma de la acción”⁵¹³.

Si bien se afirma de forma generalizada que la presunción versa sobre un resultado de peligro, lo cierto es que un estudio acabado del tema nos lleva a concluir que ella va mucho más allá, abarcando no sólo el peligro como resultado o la efectiva concurrencia de éste en el caso concreto (nota que, en principio, identificaría a los delitos de peligro concreto), sino que la peligrosidad misma de la acción. Lo anterior resulta evidente cuando se rechaza la comprobación en sede judicial tanto del peligro como de la peligrosidad de la conducta, limitándose la labor de juez exclusivamente a verificar si la acción se encuadra o no en el precepto legal, más allá de efectuar un juicio de valor que la vincule en clave de lesividad⁵¹⁴ con la existencia de un peligro para el bien jurídico protegido por la norma.

No obstante, reducir únicamente la tipicidad a la coincidencia formal de la conducta con la descripción contenida en el tipo, es erróneo por insuficiente, pues “[d]eterminar la tipicidad de una conducta no se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción. Implica, además, en un momento posterior un proceso de valoración (TORIO, 1989). Y no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el tipo penal no es simplemente una suma de

⁵¹³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.135.

⁵¹⁴ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.30.

diferentes elementos objetivos y subjetivos, sino que es antes que nada una valoración que se expresa a través de dichos elementos”⁵¹⁵.

El bien jurídico da contenido material a la tipicidad. Los tipos penales recogen momentos singularmente lesivos de los bienes jurídicos protegidos por la norma que los precede. Luego, esto significa que sólo serán típicas aquellas situaciones concretas que tengan significación para el interés jurídicamente tutelado. Por tanto, lo que el juez ha de decidir en el caso sometido a su conocimiento, es si esa acción está en contradicción con la norma base del tipo penal, que a su vez encuentra como argumento de legitimidad para justificar su existencia, la protección de bienes jurídicos. En síntesis, únicamente es típica la acción descrita legislativamente, peligrosa para el bien jurídico, desaprobada por la norma jurídica base del tipo penal⁵¹⁶. Por otro lado, incluso aunque aceptáramos la tesis de que la tipicidad de la conducta se agota en el procedimiento formal de subsunción, los problemas de legitimidad que implican prescindir del bien jurídico en la construcción del injusto se proyectan en sede de antijuridicidad material. Pues, como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, en un Estado social y democrático de Derecho, el bien jurídico constituye la piedra angular en que descansa la legitimidad del ordenamiento jurídico penal en su totalidad. Tal como señala Ferrajoli, “[l]a cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del Derecho

⁵¹⁵ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. *Op. Cit.* p.171.

⁵¹⁶ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p.842.

Penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del Derecho Penal⁵¹⁷.

Un segundo problema, radica en determinar si el peligro debe entenderse presumido *iuris et de iuris* o *iuris tantum*. En concordancia con lo indicado en forma precedente, la doctrina tradicionalmente ha estimado que estaríamos en presencia de una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no procede la prueba en contrario respecto a la inexistencia del peligro en el caso concreto. Desde esta perspectiva, “la ley presumiría de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requeriría, sino que, por el contrario, excluiría cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste”⁵¹⁸. “Lo que ocurriría es que se trata de situaciones en las que el peligro es tan inherente a la descripción –lo que se afirma sobre la base de un juicio generalizado fundado en la experiencia– que resulta presumido por el legislador *iure et de iure*”⁵¹⁹.

A la luz de estos postulados, resulta lógico y evidente la crítica a estos ilícitos, toda vez que en base a este esquema dogmático se permitiría la punición de conductas absolutamente inocuas, poniéndose en entredicho no sólo el principio de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad y de

⁵¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta. p.467.

⁵¹⁸ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. *Op. Cit.* p.16.

⁵¹⁹ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.30.

proporcionalidad, sino que paralelamente importantes principios procesales como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*⁵²⁰.

“En base a los razonamientos observados, se han propuesto otras alternativas de interpretación de estas figuras, tendientes a afirmar que el peligro debe entenderse en estos casos presumido *iuris tantum*, permitiéndose con ello que en el caso concreto, se acredite la ausencia de afectación o peligro para el bien jurídico”⁵²¹. Sobre este punto, “[l]a tesis de Schröder se dirigía a transformar tal presunción *iuris et de ture* en una presunción *iuris tantum*, lo que llevaría a conceder eficacia a la prueba de la falta de peligrosidad de la acción formalmente coincidente con el tenor del tipo”⁵²². “Esta prueba negativa (ausencia de peligro o de peligrosidad del comportamiento) tampoco se ve libre de críticas, “toda vez que alteraría de manera ilegítima la carga de la prueba en el proceso penal”, afectando principalmente el principio *in dubio pro reo* y, en definitiva, el principio de culpabilidad”⁵²³⁻⁵²⁴, “pues de no lograrse acreditar la inexistencia del peligro, la presunción operaría en perjuicio del autor”⁵²⁵.

⁵²⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. [en línea]. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, Núm. 9 (2003). <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5020/Documento.pdf>>. [consulta: 3 de julio de 2015]. pp.68 y 69.

⁵²¹ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.31.

⁵²² TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p.827.

⁵²³ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.31.

⁵²⁴ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p. 265.

⁵²⁵ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p.827.

Así, en tanto la utilización de esta técnica de tutela significaría en la práctica prescindir del peligro y de su consecuente verificación, suele afirmarse en doctrina que estos ilícitos serían tipos formales o de mera actividad, pues no se requeriría un juicio de desvalor que los vincule con la afectación de bien jurídico que se pretende y expresa resguardar⁵²⁶, castigándose “la mera violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma”⁵²⁷.

Sin embargo, más allá de adscribir o no con dicha postura, es importante dejar de manifiesto que, pese a que se suele caracterizar a estos ilícitos como tipos de mera actividad y formales –alternativa y simultáneamente–, ambas categorías no son análogas, pues actúan en diferentes niveles dentro de la teoría del delito. Los primeros, surgen en base a la inexistencia del peligro como elemento del tipo, es decir, se recurre a criterios facticos o descriptivos; mientras que los segundos, dicen relación con la afección de bienes jurídicos penales, en cuanto no atienden a la estructura típica, sino a la falta de perturbación de aquello que la norma tutela.

La confusión entre ambas clasificaciones deriva –como ya adelantamos– de una problemática aún mayor, y que recorre en su integridad la teoría del delito: la indeterminación del resultado en sede penal. Así, los tipos de mera actividad se vinculan a la ausencia de resultado en sentido material como elemento del

⁵²⁶ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.30.

⁵²⁷ FERRAJOLI, Luigi. 1995. *Op. Cit.* p.479.

tipo, mientras que los delitos formales, se refieren a la falta de un resultado en sentido jurídico (lesión o menoscabo del bien jurídico), que debe concurrir insoslayablemente en todo ilícito (incluso en los tipos de mera actividad), como requisito *sine qua non* para la legitimidad de la incriminación de una determinada conducta.

“La duda es: cuál es el resultado del que carecen los delitos de peligro abstracto o ¿carecen de ambos?”⁵²⁸. Si bien, la respuesta a esta interrogante presenta un carácter gravitante, toda vez que es decisiva a la hora de determinar si nos encontramos antes figuras realmente dotadas de antijuridicidad material, la precaria construcción dogmática de estos ilícitos en torno a la ausencia del peligro como elemento del tipo, y el artificioso recurso de la presunción legislativa, no permite circunscribirlos conceptualmente y distinguirlos del sinnúmero de figuras que estructuralmente pueden definirse como tipos de mera actividad. Con razón señala Torío que la caracterización negativa que realiza la teoría convencional de los delitos de peligro es absolutamente insuficiente, pues presenta a los delitos de peligro como una categoría residual de tipos de mera actividad, al que se atribuyen clasificatoriamente cuantas infracciones no pueden incluirse en los delitos de lesión o de peligro concreto, y en la que coexisten delitos meramente formales, es decir, sin contenido de antijuridicidad que justificase su punición (delitos

⁵²⁸ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.181.

consistentes en la violación de reglas ético-sociales o religiosas y delitos de desobediencia o delitos de policía), junto a los que, efectivamente, la conducta crea una situación de riesgo insostenible para el bien jurídico⁵²⁹. A estos últimos, Torío los denominó “delitos de peligro hipotético”.

3.3.2. Delitos de peligro concreto

A diferencia de los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro concreto constituyen figuras que se han mantenido relativamente fuera de la esferas del debate, existiendo un aparente consenso en doctrina respecto a las principales características que dan forma a esta categoría delictiva: la presencia del peligro como elemento del tipo, y la consiguiente y necesaria labor de verificación del mismo que ha de realizar el juez en cada caso⁵³⁰.

Así, tradicionalmente se los ha identificado como aquellos ilícitos que requieren la concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado, constituyendo el peligro un elemento expreso del tipo penal que como tal, requiere ser acreditado por el juzgador. En este sentido se pronuncian Rodríguez Montañés y Díaz y García Conlledo, quienes definen a los delitos de peligro concreto como “aquellos en los que el tipo no se conforma con el acometimiento de una acción peligrosa, sino que exige para su consumación la efectiva puesta en

⁵²⁹ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* pp. 827 y 828.

⁵³⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 1994. *Delitos de peligro... Op. Cit.* p.293.

peligro del bien jurídico, y que ligado causalmente a esa acción se produzca un resultado de peligro, imputable objetivamente a la misma. Se trata, por tanto, de delitos de resultado”⁵³¹. Asimismo, Gonzalo Quintero los caracteriza como aquellos que “tienen expresamente establecida en el tipo la necesidad de que se haya provocado una concreta situación de peligro (resultado de peligro) que, por consiguiente, no puede sin más referirse o presumirse como ligada a ciertas conductas; requieren, pues, la prueba específica de que aquel peligro se dio en el caso enjuiciado”^{532_533}.

Si bien, hasta hace un tiempo “el peligro como elemento del tipo y su verificación judicial eran las notas indiscutibles que definían el peligro concreto”⁵³⁴, lo cierto es que actualmente, la admisión de la prueba del peligro en los delitos de peligro abstracto (con el fin de dotar de mayores cuotas de legitimidad a estos ilícitos), y la elaboración de tipos mixtos de peligro abstracto-concreto o hipotético (que incluyen elementos de peligro o peligrosidad al interior del tipo objetivo), han propiciado la reformulación de la categoría en

⁵³¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. (s. a). *Op. Cit.* p.2.

⁵³² QUINTERO O., Gonzalo y MORALES P., Fermín. 2005. Parte General del Derecho Penal. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi. p.320.

⁵³³ Desde una perspectiva dogmática distinta –que aboga por la total autonomía de los bienes jurídicos colectivos–, Corcoy Bidasolo plantea que “[l]a delimitación entre delitos de peligro abstracto y concreto se fundamenta en que, en los primeros, únicamente se protege, de forma inmediata un bien jurídico-penal supraindividual, mientras que en los delitos de peligro concreto, junto al bien jurídico-penal supraindividual, se protege, también de forma inmediata, un bien jurídico-penal individual, exigiéndose en ese caso un resultado de peligro para ese bien jurídico. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.373.

⁵³⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.212.

cuanto a su estructura, elementos y límites, convirtiendo a estas dos notas en elementos que se encuentran definiendo también algunas variantes de los delitos de peligro abstracto o hipotético⁵³⁵.

Es en virtud de lo anterior que, hoy en día, la delimitación conceptual de estos ilícitos exige abordar el análisis de un tercer elemento: la configuración de los delitos de peligro concreto como tipos de resultado. En relación a esta variable de estudio, no obstante constituye un lugar común en la literatura jurídica señalar que los delitos de peligro concreto se configuran como tipos de resultado, los altos grado de indeterminación de los que adolece el término en dogmática requieren precisar qué tipo de resultado es el que identifica y singulariza a esta categoría delictiva al interior de la tipología del peligro. Al respecto, es necesario distinguir la clasificación general de los delitos de peligro, ya sean de peligro concreto, abstracto o hipotético, como tipos que requieren de un resultado en sentido jurídico (el cual se determina en base a la relación de lesividad o afectación que vincula a la acción u omisión con el interés penalmente tutelado); de la caracterización de los delitos de peligro concreto en específico, como figuras cuya configuración típica exige la presencia de un resultado en sentido material, es decir requieren la producción de una situación o estado que se manifiesta como un efecto externo, separable espacio-temporalmente de la acción, pero unido causalmente a ella. “Suele

⁵³⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* pp. 212 y 213.

decirse, en este contexto, que cuando el peligro típico es consecuencia de la acción realizada, y percibido como una situación que viene generada por esa acción previa, estamos ante un delito de peligro concreto. Por el contrario, cuando el legislador expresa en el tipo una conducta cuya peligrosidad es intrínseca, sin conectarla con una situación separable de ella, estamos ante un delito de peligro abstracto o hipotético”⁵³⁶.

Así, “se observa que los delitos de peligro concreto vienen a exigir la producción de una situación de peligro –constatable– más allá de la conducta misma desarrollada por el autor. Esto es, la acción del sujeto activo debe producir una situación de peligro, aspectos ambos, por tanto, diferenciables, y que nos hace concluir que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado (material), con lo que la puesta en peligro concreta del bien jurídico constituye el resultado típico exigido por el delito”⁵³⁷.

Sin embargo, “[h]asta ahora no se ha aclarado suficientemente qué propiedades deba tener este concreto peligro de resultado ni cómo deba ser verificado”⁵³⁸. “El resultado en sentido material en los delitos de peligro concreto, plantea el problema del significado que al respecto tiene un ‘resultado’

⁵³⁶ GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. *Op. Cit.* p. 74.

⁵³⁷ MATA Y MARTIN, Ricardo. 1997. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica del peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (–tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico–). Granada, Editorial Comares. p. 53.

⁵³⁸ ROXIN, Claus. 2012. La imputación objetiva en el Derecho Penal. 2ª Ed. Lima, Editorial Grijley. p.15.

de peligro. El peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo pero no es un resultado aprehensible por los sentidos, lo que plantea problemas de prueba mayores que los que se suscitan cuando el resultado es de lesión⁵³⁹. Así, actualmente los esfuerzos emprendidos por la doctrina se han centrado en elaborar pautas o directrices que permitan determinar cuándo nos encontramos ante una concreta situación de peligro, lo que nos remite al juicio de peligro, tema ampliamente abordado en el acápite anterior. Desde esta perspectiva, en general, se ha entendido que existe una situación de peligro (en tanto resultado típico), cuando un bien jurídico ingresa en el radio de acción de una determinada conducta peligrosa con la probabilidad de ser lesionado. Lo anterior implica que “[e]l bien jurídico debe ser susceptible (se refiere a bienes como la vida o la integridad física) de concretizarse en ejemplares individuales materialmente ledibles y capaces de recaer, desde un punto de vista físico-naturalístico, en el radio de acción de la conducta peligrosa⁵⁴⁰.

De esta manera, una de las principales objeciones efectuadas a los delitos de peligro concreto, es la imposibilidad de utilizarlo en la protección de bienes jurídicos colectivos, siendo una técnica de tipificación apta sólo para la tutela de bienes jurídicos individuales, que son los únicos que permiten la

⁵³⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp. 131 y 132.

⁵⁴⁰ FINDACA, Giovanni. 1984. La tipizzazione del pericolo. Dei delitti e delle pene. p. 450. Citado en: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.220. (Nota al pie N° 7).

individualización material de la lesión y los únicos que pueden ser concretamente afectados por la acción peligrosa del sujeto⁵⁴¹.

3.3.3. Delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial

En la moderna ciencia del Derecho Penal, se distingue aún un tercer grupo de delitos, el cual tiene su génesis en la necesidad de superar las deficiencias dogmáticas que presenta la sistematización de los tipos de peligro, a través del arcaico binomio conceptual “delitos de peligro concreto- delitos de peligro abstracto”⁵⁴². Así, los tipos de peligro hipotético, abstracto-concreto o potencial, surgen de “los esfuerzos emprendidos por la doctrina en el afán de aclarar puntos oscuros, y establecer criterios clasificatorios nítidos”⁵⁴³, que permitan diferenciar las distintas hipótesis y estructuras a las que recurre el legislador en la tipificación de los ilícitos de peligro.

El criterio fundamental en torno al cual se construye esta nueva categoría dogmática, es la noción de “peligrosidad de la acción”, entendiendo por tal la existencia de una conducta apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido por la norma. “Hablar de peligro y de peligrosidad nos introduce en el debate sobre la delimitación conceptual de nuevas dimensiones

⁵⁴¹ *Ibíd.*

⁵⁴² HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. *Op. Cit.* p.528.

⁵⁴³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.167.

que pasaban desapercibidas en la presentación tradicional del tema y que han generado al interior de la dogmática la necesidad de ampliar conceptual y terminológicamente el espectro de su reflexión [...]”⁵⁴⁴.

La evolución dogmática que ha experimentado esta clasificación, se desarrolla a partir de dos tendencias o líneas argumentales distintas, las cuales fundan sus divergencias en criterios de orden principalmente sistemáticos. La primera de ellas, pretende reformular la clásica distinción dual “peligro concreto-peligro abstracto”, incorporando una nueva categoría, la cual se configuraría como una especie de tipo intermedio –ubicada a medio camino entre el peligro concreto y abstracto⁵⁴⁵– y presentaría desde el punto de vista cualitativo, un carácter mixto. La segunda tendencia, incorpora aquellas elaboraciones doctrinales que intentan la transformación dogmática del grupo de los delitos de peligro abstracto, a fin de hacerlos compatibles con las garantías y principios fundamentales en las que descansa el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático de Derecho.

Dentro de la primera de estas vías, encontramos el trabajo de Schröder, a quien se atribuye históricamente el origen de esta clasificación. El autor alemán propone la existencia de un tercer grupo de delitos de peligro, a los que

⁵⁴⁴ CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. *Op. Cit.* p.19.

⁵⁴⁵ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.12.

denomina “de peligro abstracto-concreto”, en tanto se trataría de una categoría híbrida, en la que se combinan elementos de peligro concreto y abstracto”⁵⁴⁶. Así, parte de la clásica distinción dual que caracteriza a los delitos de peligro concreto como aquellos ilícitos en que el peligro es un elemento del tipo objetivo que como tal, debe ser verificado en el caso concreto por el juez; y a los delitos de peligro abstracto, como aquellos en que los indicios de peligrosidad de la conducta vienen definidos legislativamente⁵⁴⁷, excluyendo la posible verificación judicial del peligro, toda vez que es el propio legislador quien determina en la ley los presupuestos del mismo.

El salto conceptual que dispensa la tesis de Schröder, es que a partir de estos conceptos, advierte la presencia en los códigos punitivos, de tipos penales que no pueden encajarse nítidamente en ninguna de las dos categorías tradicionales⁵⁴⁸, pues en ellos concurrirían características pertenecientes a ambos tipos de peligro. La existencia de estas hipótesis mixtas se presentarían según el autor “cuando el legislador, ante la imposibilidad de determinar por sí mismo de forma concluyente los presupuestos del peligro, traslada la decisión al juez; pero de la interpretación del tipo resulta que esa decisión no ha de producirse conforme a la concreta situación, sino como medida general. Esto es especialmente válido donde la aptitud para la producción de un resultado lesivo

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.17.

⁵⁴⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.188.

⁵⁴⁸ *Ibíd.*

es elemento del tipo, sin que se establezca una caracterización más precisa del ataque contra bienes jurídicos individuales”⁵⁴⁹. Un ejemplo paradigmático de estos supuestos, son aquellos ilícitos contra la salud pública en los que la ley prohíbe la fabricación o expendio de sustancias medicinales o comestibles, que sean peligrosas para la salud por su nocividad, o por el menoscabo apreciable de sus propiedades curativas o alimenticias.

En estos casos, existiría una autentica combinación de elementos concretos y abstractos, pues si bien corresponde al juez (y no al legislador) determinar la peligrosidad de la conducta –lo que los acercaría al peligro concreto–, en su decisión el juez no debe considerar todas las circunstancias del caso específico, sino que su tarea se debe limitar a definir una peligrosidad general o abstracta –nota propia de los delitos de peligro abstracto–⁵⁵⁰. “No se trata de una peligrosidad general supuesta por el legislador, pero tampoco el juez ha de verificar una peligrosidad concreta –como posteriormente sostendrá alguna doctrina–. Sólo se admite la posibilidad de comprobar en concreto la ausencia de todo peligro. Su inexistencia implicaría la atipicidad del comportamiento. En el fondo, se trata de admitir una presunción *iuris tantum* o simplemente legal

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.18.

⁵⁵⁰ Al respecto Rodríguez Montañes afirma: “De esta forma se abstrae del caso individual ciertas circunstancias conocidas, lo cual tendría como consecuencia que estuviéramos realmente ante un delito de peligro concreto y que por tanto, el dictamen de la peligrosidad fuese tarea del juez, pero que al mismo tiempo, el juez aplicase solo el criterio general de los delitos de peligro abstracto para legitimar la calificación de situaciones típicas como peligrosas o no peligrosas sin tener que abordar el caso individual con todos sus supuestos”. RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.189.

que implica una inversión de la carga de la prueba⁵⁵¹ (sobre la cual nos referíamos en el apartado anterior).

Si bien, la tesis de Schröder constituye un punto de partida ineludible en el estudio y evolución de esta categoría delictiva –en tanto evidencia las limitaciones de la clásica distinción dual–, su propuesta no logra solucionar los problemas de legitimidad que supone la mantención de la tipología de los delitos de peligro abstracto en su formulación clásica. Así, el intento emprendido por el autor de conciliar esta clase de ilícitos con el principio de lesividad por medio de la admisión de la prueba de la inexistencia del peligro, resulta absolutamente insuficiente, pues no cabe duda que también, en este caso, se recurre a una ficción para fundar el injusto, al tiempo que la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado conduce nuevamente a la inconstitucionalidad del tipo, al violar el principio *in dubio pro reo*.

Como fruto de las fuertes críticas que suscita la construcción tradicional de los delitos de peligro abstracto, surge la segunda de estas vías, dentro de la cual se enmarca una serie de construcciones dogmáticas que se dirigen a revalorizar y dotar de contenido material⁵⁵² al injusto en esta clase de ilícitos. De este modo, estas teorías proponen la transformación de la estructura clásica de los delitos de peligro abstracto, tomando como punto de partida la necesidad de

⁵⁵¹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* pp. 264 y 265.

⁵⁵² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.182.

verificar la peligrosidad de la acción, apartándose con ello de aquellas tesis que atribuyen al peligro un rol meramente fundante de la incriminación –en que se presume la peligrosidad de la conducta a partir de la sola realización de la acción descrita en el tipo–. Sobre este punto, señala Gallas que en estos supuestos, “la peligrosidad general del hecho ya no es el simple motivo legislativo para la penalización de un comportamiento determinado, sino que sirve al juez en el caso individual como parámetro para la subsunción del hecho concreto en el tipo”⁵⁵³.

Las tesis que aquí pretenden defenderse, “consideran necesario para afirmar el injusto típico de los delitos de peligro abstracto, más allá de la peligrosidad general del comportamiento (establecida de modo abstracto por el legislador), que éste muestre una peligrosidad *ex ante* en el caso individual”⁵⁵⁴. En definitiva, son doctrinas que consideran necesario para configurar el injusto penal en estos ilícitos, la determinación concreta de la peligrosidad del comportamiento típico, sin que baste su sola ejecución ni la posibilidad de acreditar la ausencia de todo peligro en el caso concreto (prueba negativa).

Dentro de esta línea dogmática, es posible englobar a su vez, dos subcategorías. La primera de ellas, exige la prueba positiva de la peligrosidad exclusivamente en aquellos casos en que el tipo penal contenga cláusulas de

⁵⁵³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* pp.201 y 202.

⁵⁵⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.64.

aptitud o idoneidad. Así, sólo en aquellos supuestos en que el legislador construya fórmulas de peligrosidad del tipo “idóneo para”, deberá el juez verificar la concreta peligrosidad, aptitud o idoneidad del comportamiento típico⁵⁵⁵. En una segunda tendencia, encontramos aquellas tesis que van un paso más allá, y entienden que la peligrosidad de la acción debe comprobarse en todo ilícito de peligro, con independencia de las nomenclaturas que utilice el legislador, en tanto constituye un elemento fundamental del injusto, que como tal, debe verificarse siempre en el caso concreto. “[L]os delitos de peligro abstracto son delitos de conducta peligrosa *ex ante*, en los que la concurrencia de ésta ha de comprobarse en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que forma parte del desvalor de acción, y en los que, por tanto, no se exige ni la producción de un peligro concreto –a constatar *ex post*–, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta”⁵⁵⁶. “Esta última propuesta resulta sumamente atractiva, toda vez que propone reinterpretar en clave teleológica estos delitos, buscando una solución coherente y sostenible desde los postulados dogmáticos y de justificación de la intervención penal que reclama respetar los límites que impone un Estado constitucional de Derecho”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.285.

⁵⁵⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.67.

⁵⁵⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* pp.66 y 67.

“Uno de los intentos más conocidos por dar mayor legitimidad a estos delitos es el que emprendió Torío López”⁵⁵⁸. “Su propuesta de ‘reconstrucción’ de los delitos de peligro abstracto que denomina ‘delitos de peligro hipotético’ pasa por la incorporación al tipo, por vía interpretativa y dentro de los límites del principio de legalidad, de la exigencia de peligrosidad de la acción, de su idoneidad para producir peligro”⁵⁵⁹. Esta clase de delitos, constituirían un subgrupo al interior de los delitos de peligro abstracto, “en tanto no precisan un peligro real para el bien jurídico como plus ulterior a la acción”⁵⁶⁰ (nota característica del peligro concreto). “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. [...] Lo característico de este sector, es implicar la posibilidad, no la realidad del peligro para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible, –de modo que– la imposibilidad de la producción del peligro, excluye en ellos la tipicidad”⁵⁶¹.

Torio señala que en los delitos de peligro hipotético –tal como en los delitos de lesión o de peligro concreto–, el tipo se configuraría como una realidad

⁵⁵⁸ CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. *Op. Cit.* p. 242.

⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro... *Op. Cit.* p.295. (Nota al pie N° 319)

⁵⁶⁰ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p.838.

⁵⁶¹ *Ibíd.*

tridimensional. Un primer momento, requiere la coincidencia formal de la acción con la conducta descrita en el tipo; es decir, en este punto opera el principio “*nullum crimen sine lege*”, por lo cual son irrelevantes las acciones no subsumibles formalmente en la descripción típica. Una segunda dimensión, requiere que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro del objeto protegido. Esto no sucede, por el contrario, en los delitos de peligro abstracto consistentes en infracciones al orden ético-social ni en los injustos administrativos o de orden que se someten indebidamente al Derecho Penal⁵⁶². Los delitos de peligro hipotético presentan pues, un característico plano teleológico, en tanto se exige que la acción⁵⁶³ “según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como un comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección”⁵⁶⁴. Finalmente, se presenta en estos ilícitos una tercera dimensión de carácter normativa o valorativa: este momento axiológico constituye la fase decisiva en este grupo, y consiste en la valoración que realiza el juez de la acción realizada por el autor, como contraria al fin de la norma jurídica⁵⁶⁵. En síntesis, “en estos delitos la tipicidad consiste en que la acción formalmente descrita en el tipo (primer momento), apta según un juicio *ex ante* para producir un peligro (segundo momento) se halla en contradicción, o desvalorizada por la norma base del tipo penal (tercer momento)”⁵⁶⁶.

⁵⁶² TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* pp. 839 y 840.

⁵⁶³ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 840.

⁵⁶⁴ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 841.

⁵⁶⁵ *Ibíd.*

⁵⁶⁶ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 840.

A mayor abundamiento, señala el autor que “[l]a tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar los bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo que el juez ha de decidir es si esa acción se encuentra jurídico-penalmente prohibida. Esta decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber ser”⁵⁶⁷.

“Esta construcción es plenamente compatible con el principio *nullum crimen sine lege*, pues restringe, dentro de los límites trazados por él, la punibilidad en el sentido de una política criminal concorde con el Estado de Derecho. La construcción no ofrece, por otra parte, ninguna novedad en el plano interpretativo. [...] Interpretar es siempre descubrir si una hipótesis concreta se halla desvalorizada o no por una norma de derecho”⁵⁶⁸. “La valoración del caso individual, como genialmente indicó Binding, es lo decisivo en los delitos de peligro”⁵⁶⁹.

Hasta aquí, la tesis de Torío reproduce una lógica lineal y coherente, que explica de forma magistral los eslabones a través de los cuales se construye la tipicidad en los delitos de peligro hipotético; lógica que, sin embargo, se quiebra

⁵⁶⁷ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 842.

⁵⁶⁸ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 844.

⁵⁶⁹ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p. 846.

al momento de explicar el por qué de la calificación de hipotético de esta clase de ilícitos. En dicho apartado, el autor parece introducir subrepticamente un cuarto momento o dimensión que no parece coincidir con ninguno de los anteriormente planteados. Así, señala el autor que “lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo”⁵⁷⁰.

De este modo, como puede observarse, ese desvalor potencial de resultado incorpora una nueva dimensión, la cual operaría en un plano ontológico en tanto el juicio para determinar el posible contacto entre acción y bien jurídico parecería requerir (tal como en los delitos de peligro concreto) el recurso a criterios de orden causal-naturalista, los cuales claramente no encajarían en la dimensión axiológica del último juicio que determina la tipicidad en los delitos de

⁵⁷⁰ *Ibíd.*

peligro hipotético (juicio normativo respecto a la contrariedad de la acción con la norma primaria).

Así, “[e]ste autor pareciera requerir algo más que la concreta peligrosidad de la conducta a través de ese particular desvalor de resultado, pero no lo logra realmente. ¿Cuál es la diferencia entre ese ‘posible contacto’ entre bien y acción y la peligrosidad concreta como aptitud para producir un peligro? ¿En qué consiste tal contacto? Si éste se determina, ¿es posible un contacto si el bien jurídico-penal es colectivo? No lo es si, al menos, se refiere a un contacto semejante al que se requiere para configurar una puesta en peligro concreto”⁵⁷¹.

3.4. Conclusiones preliminares

La concepción del Derecho Penal como ordenamiento destinado a la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, presenta una importancia gravitante en la construcción de un concepto normativo de peligro y en el análisis crítico de la legitimidad de los delitos de peligro como técnica de tipificación, pues tal como tuvimos ocasión de ver, los conceptos de bien jurídico y de peligro están estrechamente vinculados⁵⁷². “La comprensión del concepto mismo de peligro es imposible sin referirla a otro concepto básico, el de bien jurídico”⁵⁷³.

⁵⁷¹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.*p. 293.

⁵⁷² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p. XIX.

⁵⁷³ *Ibíd.*

En efecto, “si los delitos de peligro se definen por el tipo de afección ocasionada al bien jurídico”⁵⁷⁴, constituyendo precisamente este elemento el término de referencia de dicha afección, resulta imprescindible tomar como base del concepto de peligro la relación de ofensividad que lo vincula con el objeto cuya protección justifica la punición.

Así, el concepto general o pre jurídico de peligro –en tanto fenómeno de la realidad caracterizado por la probabilidad o inminencia de un daño o mal futuro– recibe aplicación en el ámbito punitivo al tomar como objeto de referencia el bien jurídico penal; es decir, de los infinitos peligros que acontecen en el plano de la realidad, para el Derecho Penal sólo son relevantes aquellas acciones que presentan una alta probabilidad de lesionar intereses considerados esenciales en el desarrollo y la interacción social⁵⁷⁵. De este modo, desde una aproximación general al concepto normativo peligro, es posible definirlo como la probabilidad o posibilidad de lesión a un bien jurídico penal⁵⁷⁶.

La inserción del bien jurídico como variable central en torno al que se mide la probabilidad de lesión, no sólo da cuenta del carácter normativo que presenta este concepto, sino que como manifestación del principio de ofensividad,

⁵⁷⁴ *Ibíd.*

⁵⁷⁵ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.28.

⁵⁷⁶ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.45.

“conduce al fundamento teleológico de la incriminación de conductas en un Estado democrático de Derecho: la prevención de males para bienes dignos de tutela”⁵⁷⁷.

Luego, un adecuado entendimiento de la problemática que actualmente conceden los delitos de peligro como técnica de tipificación “nos refiere al ámbito de la justificación misma del injusto penal y por extensión al de la legitimidad de la intervención punitiva en su conjunto”⁵⁷⁸, pues en virtud de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, sólo serán punibles aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un interés penalmente tutelado, constituyendo dicha relación de ofensividad entre el objeto protegido y la conducta prohibida, un requisito indispensable para afirmar la antijuridicidad material de una conducta en el marco de las exigencias tradicionales de legitimación del derecho a sancionar.

Ahora bien, los principios de limitadores del *ius puniendi* (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, de *ultima ratio* y de proporcionalidad) no sólo constituyen una garantía del ciudadano frente al legislador, (en cuanto este sólo ha de tipificar como delitos aquellas conductas que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico, excluyendo la incriminación en base exclusivamente a valores morales, éticos o religiosos), sino que en un

⁵⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 323.

⁵⁷⁸ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p. 25

ordenamiento penal coherente, dichos principios han de ser respetados también por el operador jurídico, descartando la punición de aquellas conductas en que si bien la acción encuadra con la descripción contenida en el tipo, no representan peligro alguno para el interés tutelado por la norma primaria.

En otras palabras, no basta con que la acción sea formalmente subsumible en el tipo penal y se haya descartado la concurrencia de causales de justificación (antijuridicidad formal), sino que desde la función teleológica sistemática asignada al bien jurídico, y como exigencia que impone el principio de ofensividad, para afirmar la antijuridicidad material de un hecho, el juez deberá evaluar en el caso concreto sometido a su conocimiento, si efectivamente dicha conducta ha puesto en peligro o lesionado al bien jurídico (resultado en sentido jurídico).

De este modo, la antijuridicidad material viene a ser un correctivo de la tipicidad formal o legal, acotando los límites de la prohibición penal en base a los principios generales que dan coherencia y legitiman al ordenamiento jurídico penal en su conjunto, pues si la creación de la norma penal se justifica racionalmente en base a la protección de bienes jurídicos, no es posible posteriormente descartar en la aplicación de la ley, la verificación de dicha relación de lesividad entre la conducta y el objeto protegido.

A la luz de estos postulados, resultan evidentes y justificadas las numerosas críticas que han recibido los delitos de peligro abstracto como técnica de tipificación, en tanto una estricta aplicación de las normas que prevén estos ilícitos “conforme a las interpretaciones ‘formales’ tradicionales –teoría de la presunción y teoría del peligro general como *ratio* de incriminación–”⁵⁷⁹ produce “evidentes tensiones con el pleno respeto de un concepto material de delito y de injusto y constituye, en ese sentido, una técnica problemática de delimitación de lo punible”⁵⁸⁰, “especialmente cuando se afirma la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, con ello, la plena punibilidad del hecho aunque sea evidente la ausencia de peligrosidad de la conducta desde el momento de su realización, o a pesar de que el autor haya tomado medidas para evitar el surgimiento del peligro”⁵⁸¹.

Así, en virtud de los indiscutibles problemas de legitimidad que entraña la presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido⁵⁸², de un tiempo a esta parte, los delitos de peligro abstracto se encuentran sometidos a revisión en la literatura jurídica tanto en sentido político-criminal como dogmático⁵⁸³, surgiendo nuevas propuestas que buscan reinterpretar estas figuras en clave de lesividad, a fin de dotarlas de un cierto contenido de

⁵⁷⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid. Civitas Ediciones S.L. p.80.

⁵⁸⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.69.

⁵⁸¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho penal...*Op. Cit.* p.80.

⁵⁸² *Ibíd.*

⁵⁸³ TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* p.825.

antijuridicidad material que las haga compatibles con los principios limitadores de la intervención punitiva en un Estado democrático de Derecho.

Dentro de estos esfuerzos, se inscriben una serie de construcciones doctrinales (denominadas “delitos de peligro hipotético, abstracto-concreto o potencial”), que desde presupuestos o puntos de partida materializadores⁵⁸⁴ consideran necesario para afirmar el injusto típico en los delitos de peligro abstracto, la existencia de una relación negativa⁵⁸⁵, de ofensividad, entre el hecho individual sometido a enjuiciamiento y el bien jurídico protegido, debiendo dicha lesividad valorarse sobre la base de los elementos contenidos en las descripciones típicas, y acreditarse siempre en el caso concreto (en sede judicial).

Así, la superación que dispensan estas propuestas respecto a una concepción puramente formal de estos delitos –con distintas formulaciones y matices–, comienza por entender que la peligrosidad de la acción constituye un elemento imprescindible del injusto, de modo que sólo ha de afirmarse éste “cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya

⁵⁸⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.64.

⁵⁸⁵ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p. 56.

un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido”^{586_587}

“En suma, en cuanto el peligro pertenece al núcleo del tipo, y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia, y una presunción de derecho, además de no encontrar una clara fundamentación en el derecho positivo, es un rodeo para conducir a la incriminación de la sola desobediencia”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.64.

⁵⁸⁷ En este escenario, las divergencias que presentan estas teorías se bifurcan en dos planos. El primero de ellos, dice relación con si la peligrosidad de la acción ha de exigirse interpretativamente en todo delito de peligro abstracto para eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración *ex ante*, o solo ha de exigirse de aquellas figuras que incorporen en la descripción típica elementos de aptitud o idoneidad de la conducta, en tanto una interpretación extensiva implicaría introducir subrepticamente en el tipo un requisito inexistente y ajeno a la voluntad del legislador. CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto... *Op. Cit.* p.67; MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* pp. 65-67. El segundo aspecto que protagoniza este debate, dice relación con el papel que juega el desvalor de resultado en la configuración del delito. En este punto, parte de la doctrina aboga por la suficiencia de la peligrosidad de la acción como fundamento de lo injusto. Así, “los delitos de peligro abstracto serían desde esta perspectiva, delitos de conducta peligrosa *ex ante*, en los que la concurrencia de ésta habría de comprobarse siempre en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que formaría parte del desvalor de acción”. MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* p.67. Por otro lado, y a diferencia de los planteamientos abordados precedentemente, “las teorías dualistas –mayoritarias en la actualidad– entienden que el injusto necesariamente debe constituirse por ambos desvalores, de modo que de faltar uno de ellos no existirá antijuricidad material, entendiéndose que sobre el desvalor de resultado descansa la función limitativo-protectora de bienes jurídicos del sistema”. MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* pp. 54-55.

⁵⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 329.

CONCLUSIÓN

Como síntesis de lo señalado en el desarrollo de este trabajo, el tránsito sufrido por la sociedad moderna de finales del siglo XX, forja en el mundo occidental una serie de elaboraciones académico-políticas y teórico-sociológicas, que intentan explicar de mejor manera las dinámicas sociales del vertiginoso presente⁵⁸⁹. Dentro de estas construcciones, destaca el término introducido por el sociólogo alemán Ulrich Beck “sociedad de riesgo”, refiriéndose con este concepto a las sociedades post industriales desarrolladas, donde las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y económico adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, determinando un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad del riesgo⁵⁹⁰.

Una proporción bastante elevada de estos peligros encuentra su origen en la fabricación, distribución y comercialización de bienes, lo que constituye un reflejo de la creciente importancia que ha adquirido el proceso de producción y consumo, posicionándose en las últimas décadas como uno de los ejes

⁵⁸⁹ ESLAVA C., Juan Carlos. 2007. La Salud Pública en la Sociedad del Riesgo. [en línea] Revista de Salud Pública. Abril, 2007. Vol.9, N°2. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42219056001>> [consulta: 7 de enero de 2014].

⁵⁹⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho penal... *Op. Cit.* p.25.

fundamentales en torno al cual gravitan las transformaciones económicas, políticas y sociales que configuran el mundo contemporáneo⁵⁹¹. No es que sólo existan riesgos derivados de este sector del tráfico jurídico, sino que incluso en la generación de los grandes peligros característicos del nuevo modelo social como son los ecológicos, químicos, atómicos, etc., subyacen razones de índole económica, ligadas a la satisfacción de la creciente demanda social de nuevos productos⁵⁹². Es decir, a la omnipresencia de los riesgos derivados del sistema de producción capitalista, subyace el fenómeno de consumo de masas, eje central en torno al cual se estructura la configuración macro y micro social que individualiza a la cultura occidental de finales del siglo XX y comienzos del XXI.

En efecto, las necesidades características de las sociedades desarrolladas son necesidades de consumo, las que a diferencia de otras necesidades del hombre, no surgen, sino que se crean a partir de decisiones económicas, por lo que tienen un origen artificial y un carácter ilimitado: la cultura occidental ha subvertido el paradigma tradicional de “producir para satisfacer necesidades”, por el de producir necesidades para el consumo⁵⁹³. En este sentido, Schünemann advierte que “[s]i se busca el rasgo característico, dominante de la sociedad actual, –más que una sociedad de riesgos– en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y

⁵⁹¹ CLIMENT SANJUAN, Víctor. 2006. *Op. Cit.* p.122.

⁵⁹² IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.30.

⁵⁹³ DELGADO DÍAZ, Carlos. 2005. *Op. Cit.* 18p.

de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es esencialmente inferior al de la destrucción de estos últimos”⁵⁹⁴. Así, en aras de satisfacer el creciente e ilimitado consumo, el ser humano se ha transformado en depredador de la naturaleza, interviniéndola hasta el punto de transformarla en parte del propio sistema industrial⁵⁹⁵. En palabras de Beck, “[c]omo consecuencia de su transformación técnico-industrial y de su comercialización mundial, la naturaleza ha quedado incluida en el sistema industrial [...]. Los peligros se convierten en polizones del consumo normal. Viajan con el viento y con el agua, están presentes en todo y atraviesan con lo más necesario para la vida (aire, alimentos, ropa, muebles). [...] El reverso de la naturaleza socializada es la socialización de las destrucciones de la naturaleza, su transformación en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema de la sociedad mundial superindustrializada”⁵⁹⁶.

Ante este horizonte de complejidad creciente, el Derecho Penal reacciona expandiéndose, a fin de controlar la sensación de inseguridad y enfrentar estos nuevos peligros⁵⁹⁷ que ya no tienen su génesis en la clásica delincuencia de origen marginal, sino que surgen al amparo de los grupos de poder y de la actividad económica y mercantil, en la que el sujeto activo suele ser una entidad empresarial, estructuras complejas y jerarquizadas, en que intervienen varios

⁵⁹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. *Op. Cit.* p.198.

⁵⁹⁵ BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo... *Op. Cit.* p.13.

⁵⁹⁶ BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva... *Op. Cit.* p. 13.

⁵⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la Sociedad del Riesgo... *Op. Cit.* p.3.

sujetos en posiciones de supra e infra subordinación, dificultándose enormemente encontrar la ley causal aplicable caso concreto, así como la imputación a título personal del hecho ilícito⁵⁹⁸.

En efecto, las modalidades delictivas contemporáneas son estructural y axiológicamente diversas a los delitos clásicos de corte individual, en tanto no se configuran en base a una relación de carácter estrictamente personal entre autor y víctima (cuestionándose con ello instituciones penales como el dolo, la causalidad, y la imputación), sino que se desarrollan en contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada⁵⁹⁹, y donde la existencia de relaciones causales múltiples y altamente complejas⁶⁰⁰, pone en entredicho la idoneidad de los instrumentos tradicionales del Derecho Penal clásico para hacer frente a estos nuevos riesgos⁶⁰¹.

De lo anteriormente expuesto, es posible colegir que el surgimiento de los bienes jurídicos colectivos y de los delitos de peligro, tiene su origen en la estructura y características propias de la sociedad de masas, pues la criminalidad en tanto subproducto social, responde a los condicionamientos

⁵⁹⁸ NUÑEZ CASTAÑO, Elena. 2000. Responsabilidad penal en la empresa. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

⁵⁹⁹ PARIONA ARANA, Raúl. 2007. *Op. Cit.* p.156.

⁶⁰⁰ *Ibíd.*

⁶⁰¹ VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. *Op. Cit.* p.12.

concretos que se dan en un sociedad determinada en un momento histórico específico: “cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad”⁶⁰². Así, en tanto los daños propios de la sociedad de riesgo afectan a toda la colectividad, configurándose como situaciones globales y masificadas que se presentan en ámbitos generales (como por ejemplo, la fabricación de bienes de consumo, el medio ambiente, el mercado o los medios informáticos)⁶⁰³, los bienes jurídicos colectivos –como expresión sintética de la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas que se presentan en una sociedad determinada–, se configuran como entidades que se hayan “referidas al funcionamiento del sistema, esto es, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir, para que justamente puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones”⁶⁰⁴ existenciales del mismo.

En este contexto, la protección penal de la salud pública, en tanto bien jurídico de naturaleza colectiva, adquiere particular relevancia no sólo por el carácter esencial que presenta la tutela de la misma en un Estado social y democrático de Derecho –pues no es posible aspirar a la libertad e igualdad de los ciudadanos, si no se aseguran las condiciones materiales mínimas para su ejercicio, entre las cuales evidentemente se encuentra la salud pública–, sino que también porque la principal fuente de riesgos para este bien jurídico tiene

⁶⁰² CERVINI, Raúl. 2008. *Op. Cit.* p.29.

⁶⁰³ CASTRO C., Carlos, HENAO C., Luis, BALMACEDA H., Gustavo. 2009. *Op. Cit.* p.108.

⁶⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social... *Op. Cit.* p.199.

su origen, precisamente, en la fabricación, distribución y comercialización de bienes y servicios, sector del tráfico jurídico que tal como señalamos, estructura y monopoliza parte importante de la vida en las modernas sociedades, también denominadas “sociedades de consumo de masas”.

En efecto, “[l]a actividad de producción y comercialización es ya en sí misma arriesgada. Resulta imposible en esta sociedad de riesgos, controlar todos los peligros que de la puesta en el mercado de tantos miles de productos puedan derivarse. No sólo los fallos intrínsecos de determinados productos que pueden provocar su nocividad, sino el mero hecho de la comercialización de algunos de ellos, como los medicamentos, de los cuales no se conocen totalmente sus efectos, supone ya un riesgo general con posibilidad de afectación a un grupo indeterminado de personas”⁶⁰⁵.

En este escenario, la necesidad de una especial protección de la salud pública se debe a una serie de variables que, fundamentalmente, se asocian a la complejidad de las nuevas formas de producción, caracterizadas por incorporar avances científicos y tecnológicos a la cada vez más amplia oferta de mercado⁶⁰⁶. Dicha modernización del proceso productivo no sólo ha incrementado el bienestar de los individuos (al satisfacer de forma más eficientes sus necesidades), “sino que también han introducido nuevos riesgos

⁶⁰⁵ TISNADO SOLÍS, Luis Alberto. 2011. *Op. Cit.* p.2.

⁶⁰⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. *Op Cit.*

[...] que, como se ha demostrado históricamente, han contribuido a debilitar aún más la posición del consumidor actual⁶⁰⁷, al no disponer de los conocimientos técnicos necesarios que le permitan controlar y detectar el deterioro o el carácter defectuoso de un producto⁶⁰⁸.

Sentada las aristas que delimitan el marco histórico sociológico que explica el auge de la salud pública como objeto de tutela, resulta indispensable determinar si esta se configura como “un bien jurídico colectivo autónomo o si, por el contrario, constituye un bien jurídico dependiente de la salud individual”⁶⁰⁹. Mucho se ha discutido en la literatura jurídica respecto a la naturaleza de estos bienes jurídicos, siendo posible sistematizar el sinnúmero de opiniones vertidas por la doctrina en tres grandes categorías.

La primera de ellas, entiende que la salud pública constituye “tan sólo una dimensión del bien jurídico salud individual, su aspecto social, negándole una naturaleza propia y diferenciada de la salud personal”⁶¹⁰. Desde esta perspectiva se la define “como la suma de saludes individuales”⁶¹¹, en tanto no existiría un interés cualitativamente distinto e independizado de la salud individual. En una segunda corriente dogmática, encontramos aquellas tesis

⁶⁰⁷ *Ibíd.*

⁶⁰⁸ *Ibíd.*

⁶⁰⁹ ESCOBAR VÉLIZ, Susana. 2012. *Op. Cit.* p.71.

⁶¹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.43 y 44.

⁶¹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.43.

que asignan a la salud pública un carácter complementario de la salud individual, concibiéndola como una fórmula de protección mediatizada de la salud personal y la vida, presentando un marcado carácter instrumental. Finalmente, se encuentran aquellas líneas dogmáticas que caracterizan a la salud pública como un bien jurídico penal de naturaleza colectiva, dotado de entidad propia, y con un contenido sustancialmente distinto al de la salud individual. Así, suele definírsela como “un conjunto de condiciones que garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”⁶¹². Los ilícitos contra la salud pública serían, de acuerdo con este concepto, delitos contra esas condiciones que garantizan la salud. En esta misma línea teórica, un sector más vanguardista plantea que “el bien jurídico que efectivamente se protege en los delitos contra la salud pública es la seguridad en el consumo”⁶¹³, pues se intenta “tutelar la seguridad o confianza del ciudadano en que los productos a los que se puede acceder en el mercado no son perjudiciales para la salud, o que de la utilización normal de los mismos no puedan derivarse riesgos que vayan más allá de los propios de ese producto”⁶¹⁴.

La necesidad de abordar el estudio de pormenorizado de estas teorías en el segundo capítulo de esta memoria, surge de la convicción que para esclarecer

⁶¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, 2007. Derecho Penal Parte especial. *Op. Cit.* p 636.

⁶¹³ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1996. Responsabilidad penal derivada del producto...*Op. Cit.* p.251.

⁶¹⁴ *Ibíd.*

la estructura y significado que presenta este bien jurídico de límites difusos, es imprescindible comprender la relación que liga a la salud pública y la salud individual, en tanto las repercusiones de adoptar una u otra tesis respecto de su autonomía se proyectará a diversos ámbitos de la teoría del delito, presentando un carácter gravitante a la hora de resolver ciertas cuestiones problemáticas como por ejemplo, la presencia de un efectivo desvalor de resultado, su clasificación como delitos de peligro o de lesión, la existencia o no de una antijuridicidad e injusto propio, las reglas concursales aplicables y el momento consumativo.

Así, no resulta “indiferente definir la salud pública como un ‘conjunto de condiciones que posibilitan la salud de la población’ o como ‘la suma de saludes individuales’ (dos modos, que como tuvimos ocasión de ver, son frecuentemente utilizados por los autores para definir este bien jurídico). En el primer caso, muchos de los delitos tipificados bajo dicha rubrica constituirán delitos de lesión (conductas como la elaboración de productos peligrosos o como la venta de bebidas o comestibles nocivos para la salud, no sólo pondrían en peligro sino que lesionarían directamente aquellas condiciones); mientras que en el segundo, integrarían delitos de peligro (dichas conductas representarían tan sólo un peligro para la conservación de la salud de los miembros de la colectividad, sin llegar todavía a lesionarla)”⁶¹⁵.

⁶¹⁵ DOVAL PAIS, Antonio. 1996. *Op. Cit.* pp. 168 y 169.

Sobre este punto, es posible evidenciar en la Historia Fidedigna de la Ley sobre los Delitos contra la Salud Pública en el Código Penal chileno, que nuestro legislador no estuvo ajeno en la última modificación del título, a las mutuas implicancias existentes entre la modalidad de afección (lesión o peligro) y la naturaleza que se predique del bien jurídico tutelado, adoptando una visión de la salud pública de carácter social y colectivo, con algunos matices de autonomía, y un concepto de peligro de naturaleza común. Así consta en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que basándose en el desarrollo de la noción de peligro realizada por el célebre tratadista Carlos Binding, señala que en los delitos de peligro “basta para la realización típica que se haga correr un riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico. Se trata de delitos que entrañan peligro colectivo o común y que el legislador sanciona, pues afectan a la salud de las personas en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente lesionado por la acción delictuosa”⁶¹⁶. “En materia de salud pública, o sea, de la salud de los habitantes en general, lo que sólo es un peligro, es ya una lesión, porque la seguridad resulta efectivamente disminuida por la sola existencia de la indefinida posibilidad de daño”⁶¹⁷.

⁶¹⁶ HISTORIA DE LA LEY N° 17.155: MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA... *Op. Cit.* p.3472.

⁶¹⁷ HISTORIA DE LA LEY N° 17.155: MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA... *Op. Cit.* p.3720.

Ahora bien, previo a definir nuestra postura respecto al grado de independencia que presenta la salud pública y pronunciarnos sobre la legitimidad de una protección penal más o menos autónoma de la misma, es preciso decidir cuál es el criterio que permitirá definir cuando nos encontramos ante un interés social con la suficiente relevancia penal para ser acreedor de la tutela punitiva del Estado; en otras palabras que entendemos por bien jurídico penal.

Partiendo de los presupuestos conceptuales y las herramientas dogmáticas que nos proporciona la teoría crítica del bien jurídico, entendemos que dicho criterio ha de decidirse en base a la presencia de los siguientes rasgos fundamentales:

1. Existencia de una relación social concreta y determinada, entendiendo por tal a aquella que se desarrolla en un contexto social específico, en que los individuos actúan en determinadas posiciones (v. gr. trabajadores, empresarios, consumidores, estudiantes, etc.), generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social⁶¹⁸. La importancia de identificar el substrato de la realidad social que nutre de contenido y legitima la tutela del bien jurídico, es que nos permite conocer “qué y por qué se protege. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión

⁶¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* p. 134,

crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social y, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal”⁶¹⁹. Sólo identificando la relación social concreta y dialéctica que dota de materialidad al bien jurídico, es que este último puede cumplir la función garantizadora que de él se predica, evitando así una ampliación sin límites de la intervención punitiva.

2. Dicha relación presenta un carácter dialéctico, que expresa un conflicto de intereses de tal relevancia social que puede llegar a afectar incluso la estabilidad o el funcionamiento del sistema, en tanto se vincula con aquellas condiciones que han de considerarse fundamentales para el desarrollo del hombre y la vida en sociedad. Así, el Derecho Penal no ha de intervenir en toda relación social, sino que en virtud del carácter de *ultima ratio* que viene a definir la identidad de esta rama del ordenamiento, sólo ha de regular y dar una solución jurídica a aquellas de gran conflictividad y lesividad social⁶²⁰.

3. Que dicho conflicto de intereses no sea posible resolverlo con otros instrumentos de control social menos gravosos para los intereses de los individuos que el Derecho Penal (principio de subsidiaridad).

⁶¹⁹ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 10.

⁶²⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.25.

Luego, aplicando estos presupuestos a la salud pública, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

a. La salud pública encuentra sus presupuestos en la relación social concreta y dialéctica de producción y consumo, la cual constituye un subsistema de la realidad actual que proyecta su influencia hegemónica a los distintos ámbitos de la vida social, erigiéndose como uno de los pilares fundamentales en la configuración de la identidad de la civilización capitalista occidental. En dicha relación social, los individuos actúan en determinadas posiciones o roles: por un lado encontramos a los empresarios (incluyendo dentro de dicho término a fabricantes, distribuidores y comerciantes); y por otro a los consumidores, generándose procesos comunicativos y de participación de carácter anónimos y estandarizados, en que los sujetos intermedian con objetos u entes (en este caso principalmente producto de consumo) generando una situación dotada de sentido y significación social⁶²¹. Las características propias de este campo, imponen que el productor, distribuidor o comerciante sea “normalmente una empresa, persona jurídica sin responsabilidad penal [...] en la que participan una pluralidad de personas físicas, con una organización formal compleja basada, en el plano horizontal, en los principios de división del

⁶²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op. Cit.* pp. 33 y 39.

trabajo y reparto de competencias, deberes y funciones, y en el plano vertical, en el principio de jerarquía”⁶²².

Por otro lado, los consumidores, sujeto pasivo de carácter colectivo o indeterminado que como titular del bien jurídico salud pública se verá afectado como potencial usuario de un producto nocivo, incluye a cualquier ciudadano, puesto que, al no tratarse de un delito contra intereses económicos, lo relevante es que la persona tenga acceso a productos que estén destinados al mercado o que ya se encuentran en éste.

b. La salud pública sintetiza normativamente el conflicto de intereses y necesidades contrapuestas que se presentan en la relación social de producción y consumo. Dichos intereses en el caso de los consumidores, serán principalmente la salud pública y la seguridad en el consumo, elementos que actualmente se erigen como condiciones indispensables para el libre desarrollo del individuo en sociedad. Por otra parte, los intereses de los empresarios son básicamente la obtención de un lucro o beneficio económico a través de la comercialización de productos, sacrificando muchas veces, en aras de la obtención de dicho beneficio pecuniario, la seguridad de los productos para la salud de la población. Esta relación social se caracteriza por su enorme asimetría, pues mientras los empresarios detentan del control de la información

⁶²² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 2005. Incidencia dogmática... *Op. Cit.* p.121.

respecto de los posibles efectos nocivos de los bienes que comercializa, gestionando además la difusión de la misma (a través del desarrollo de técnicas de venta, publicidad y *merchandising*), los consumidores, precisamente, al no disponer de los datos indispensables que les permitan valorar adecuadamente el riesgo que entraña un determinado producto, y encontrándose fuertemente influenciados por la publicidad que induce al consumo, tendrán enormes dificultades para controlar y detectar el deterioro o el carácter defectuoso del mismo, resultándoles imposible por sí mismos, superar dicha asimetría. Así, la adecuada síntesis de dicho conflicto, a través de la protección de la salud pública, se alza como requisito indispensable para el funcionamiento del sistema, en tanto incide en los procesos y funciones que éste ha de cumplir para asegurar la interacción y coordinación de expectativas entre una pluralidad de individuos, de modo que sea posible una convivencia social organizada y pacífica⁶²³.

La necesidad de la tutela penal de este bien jurídico, se manifiesta con particular claridad en aquellos casos en que la introducción en el mercado de productos nocivos ha provocado que un grupo de personas, más o menos numerosos según los casos, se vea afectado por enfermedades –que a veces han llevado a acabar con su vida–, producidas por la ingestión o uso de productos que han sido puestos en el mercado para que puedan ser adquiridos

⁶²³ NAVARRO SOTO, Susana. 2003. *Op. Cit.* p.821.

por los consumidores⁶²⁴. Luego, la función social asignada a la fabricación y comercialización de productos, en tanto actividad necesaria para la satisfacción de necesidades de los individuos y para el incremento del bienestar de los mismos⁶²⁵; solo ha de cumplirse en la medida que se asegure normativamente que del uso o consumo normal de lo mismo, no se sigan riesgos intolerables para salud de la población.

c. En los casos en que dicho conflicto de intereses deviene en la lesión de la salud pública, no es posible recurrir a mecanismos de control social menos gravosos que el Derecho Penal, en tanto las agresiones más graves contra este bien son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales, careciendo las sanciones pecuniarias de suficiente efecto disuasivo para remplazar la intervención penal. En efecto, en estos casos, la eficacia del instrumento punitivo es innegable desde una perspectiva de prevención general negativa, pues mientras un empresario puede minimizar cualquier sanción por elevada que sea, y contabilizarla como gasto y/o repercutirla en el producto, le es más difícil asumir personalmente un proceso penal, cuanto más una condena⁶²⁶.

⁶²⁴ TISNADO SOLIS, Luis. 2011. *Op. Cit.* p.1.

⁶²⁵ TISNADO SOLIS, Luis. 2011. *Op. Cit.* p.1.

⁶²⁶ IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. *Op. Cit.* p.24.

De las consideraciones expuestas precedentemente, es posible colegir que la salud pública constituye un bien jurídico colectivo de carácter autónomo, cuyos presupuestos materiales actualmente, se encuentran en la relación social concreta y dialéctica de producción y consumo. Este bien jurídico se configura como un interés de naturaleza colectiva *stricto sensu*, cualitativamente diferenciado de la salud individual, en tanto la salud pública va referida hacia la satisfacción de una necesidad que está en relación a la participación de todos en el proceso económico social, pues se trata de actividades que afectan, o pueden afectar a todos los ciudadanos, por tratarse de sectores en los que cualquiera, por el mero hecho de vivir en esa sociedad, puede o tiene que intervenir⁶²⁷. Desde este enfoque, los delitos contra la salud pública son conductas que inciden negativamente sobre las condiciones de funcionamiento y existencia de este subsistema del entramado social, condiciones que si bien de modo mediato, repercuten en las posibilidades de acción individuales en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica, no se encuentran directamente referidas a ella⁶²⁸. Lo anterior pues, aunque se reconozca que la salud pública se encuentre teleológicamente unida a la salud individual, los bienes jurídicos macrosociales se estructuran como sistemas complejos, esto es, como un orden dinámico de partes y procesos que están en mutua interacción. La relación entre los componentes del sistema, da lugar a nuevas características

⁶²⁷ CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* p.208.

⁶²⁸ NAVARRO SOTO, Susana. 2003. *Op. Cit.* p.892.

que son propias del conjunto (principio sinérgico), vale decir “el todo es más que la suma de sus partes”⁶²⁹. Sólo a través de una concepción colectiva y autónoma de este bien jurídico, se visualiza el conflicto que surge de una real disfunción social, tornándose la protección desde la salud individual insuficiente para evitar tal disfunción, pues las agresiones no van dirigidas a ella⁶³⁰. “Se hace necesario pues, un cambio de perspectiva, ya no funcional-personal, sino funcional-sistémica, atenta a la complejidad del sistema social. Este referente no implica por sí mismo, como sostiene la opinión más extendida, un riesgo de abstracción”⁶³¹ que prescinda de la persona como referente último de la intervención penal, sino que parte de una concepción del ser humano ya no como ser individual aislado, sino como ser social, que vive y se desarrolla en sociedad.

Luego, frente a la particular estructura y características que presentan los bienes jurídicos colectivos, y en especial la salud pública, se hace imprescindible el recurso a los delitos de peligro como técnica efectiva de tutela de estos intereses, en tanto las clásicas figuras delictivas basadas en los rígidos principios tradicionales de imputación de resultado individual-culpable se tornan obsoletas al momento enfrentar y superar el problema en contextos de actuación múltiple, basados en procesos sistemáticos complejos, donde

⁶²⁹ RAMÍREZ CASTAÑEDA, Luz. 2002. *Op. Cit.*p.2.

⁶³⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. *Op. Cit.* p.52.

⁶³¹ NAVARRO SOTO, Susana. 2003. *Op. Cit.* p 903.

interactúan una pluralidad de sujetos cuyas contribuciones causales personales no son claramente determinables⁶³².

Tal como tuvimos ocasión de ver, los delitos de peligro constituyen una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de lesividad o afectación que los vincula con el bien jurídico cuya protección justifica la punición⁶³³. Luego, el estudio de la estructura de estos ilícitos exige abordar el análisis de las variables fundamentales que dan forma a esta técnica de tutela: el concepto de peligro y el bien jurídico⁶³⁴.

Así, habiendo experimentado el desconcierto que suscita enfrentar el análisis de un término tan amplio, etéreo y ajeno a las esferas del consenso como el de peligro, es que en el tercer apartado esta memoria, elaboramos una propuesta teórica que aspira a facilitar su estudio mediante la ordenación y sistematización de las distintas variables y dimensiones de análisis que en él convergen. Para la consecución de dicho objetivo, optamos distinguir el concepto de peligro del juicio de peligro, en tanto una de las principales problemáticas que actualmente concede esta técnica de tutela, tiene su origen en la imprecisión y falta de unidad conceptual de la que adolece el término “peligro”. En efecto, las

⁶³² PARIONA ARANA, Raúl. 2007. *Op. Cit.* p.159.

⁶³³ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.23.

⁶³⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.XIX.

numerosas teorías elaboradas en seno de la doctrina respecto a este concepto, abordan en un mismo nivel de análisis diversos tópicos (naturaleza objetiva o subjetiva, juicio de probabilidad, bien jurídico, peligrosidad, observador imparcial, juicio *ex ante/ex post*, norma abstracta y subsunción, peligro concreto y abstracto, desvalor de acción y resultado; peligro y peligrosidad; etc.), mezclando en un mismo plano elementos de naturaleza disímil que acontecen en tiempos diversos, y que protagonizan distintos sujetos. Una vez delimitado temáticamente el objeto de estudio, nos abocamos a la construcción paso a paso, por niveles, de un concepto de peligro válido para el ámbito penal, el cual estructuramos en tres sedes de análisis: el concepto de peligro general o pre-jurídico, el peligro normativo y peligro típicamente relevante.

A grandes rasgos, concluimos que el peligro como concepto general o metajurídico, en tanto fenómeno que acontece fuera del mundo normativo y que se vincula a la contingencia de un mal futuro, a la probabilidad o posibilidad de que acontezca un daño, constituye la matriz que da forma al concepto jurídico de peligro, el cual se cristaliza en el ámbito normativo al tomar como eje de referencia al bien jurídico. Sin embargo, debido al carácter extremadamente aflictivo que presenta el Derecho Penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha de ser conjugado con los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y *ultima ratio*, en virtud de los cuales se limita o selecciona el ámbito de lo punible.

Ahora bien, para que la punición de una conducta resulte legítima, no basta con que exista una alta probabilidad de lesión para un bien jurídico penal, sino que –como exigencia que impone el principio *nullum crimen sine lege*–, la acción peligrosa debe previamente haber sido tipificada por la ley como delito. A este tercer eslabón, que viene a completar el modelo teórico propuesto, subyacen cánones de naturaleza eminentemente política, que son los en que en definitiva, determinan la decisión de tipificar o no como delitos una determinada conducta. En otras palabras, entre todos los comportamientos que según las reglas de la experiencia aparecen como *ex ante* idóneos para lesionar un bien jurídico, el legislador seleccionará, en base a un juicio doblemente valorativo, aquellos que pasaran a formar parte del universo punitivo. En este punto, la alta probabilidad de lesión del bien jurídico, constituye un indicio necesario pero no suficiente, actuando como límite de carácter negativo, es decir un mínimo que ha de respetar el órgano legerante, quien no podrá –al menos en teoría– tipificar como delitos conductas que en el plano objetivo no sean efectivamente riesgosos⁶³⁵.

Luego, la elección de las relaciones sociales tuteladas por el Estado a través de su mecanismo de control más severo, es decir el Derecho Penal, no es

⁶³⁵ Al respecto ver CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... *Op. Cit.* pp. 32, 50, 51 y 52.

neutral, sino que constituye una “decisión política al interior del propio sistema cuyo contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”⁶³⁶.

Ahora bien, la inserción del bien jurídico como variable central en torno al que se mide la probabilidad de lesión, no sólo da cuenta del carácter normativo que presenta este concepto, sino que como manifestación del principio de lesividad u ofensividad, proporciona las claves fundamentales para analizar la legitimidad de las distintas modalidades delictivas a las que da lugar el peligro⁶³⁷.

Dentro de dichas técnicas, tradicionalmente la doctrina había establecido una sistematización bipartita que distinguía entre los denominados “delitos de peligro concreto” y los “delitos de peligro abstracto”, según si el tipo penal incorporaba al peligro como elemento del mismo (en cuyo caso se requería su prueba en el caso concreto), o si por el contrario, se limitaba a describir un comportamiento en sí mismo peligroso, proscribiendo la comprobación en sede judicial de dicho presupuesto⁶³⁸. Sin embargo, a este clásico binomio conceptual, la doctrina moderna suma una tercera categoría, los denominados “delitos de peligro hipotético, abstracto concreto o potencial”, la cual se

⁶³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema... *Op Cit.* p.28.

⁶³⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p 8.

⁶³⁸ BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. *Op. Cit.* p.3

construye en torno a la noción de “peligrosidad de la acción” (entendiendo por tal, la existencia de una conducta apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido por la norma). La transformación que ha operado en la tipología del peligro a través de la incorporación de este concepto, ha ido de menos a más: de lo formal –constatación de la existencia de tipos delictivos que en su descripción típica presentan elementos de aptitud que deben ser verificados por el juez–, a lo sustantivo –la exigencia de la peligrosidad de la acción y su prueba por vía interpretativa, como fundamento material del injusto para todos aquellos ilícitos que antes se colmaban con la mera peligrosidad general o supuesta⁶³⁹, a fin de hacer compatible a los delitos de peligro abstracto, con las garantías y principios fundamentales en las que descansa el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático de Derecho.

Sentadas las bases que dan forma al desarrollo dogmático que han experimentado los delitos de peligro en la ciencia penal, es preciso para finalizar esta memoria, tomar postura acerca de la legitimidad de las distintas estructuras típicas a las que da lugar el peligro.

En primer lugar, respecto a los delitos de peligro concreto, cabe señalar que si bien, constituyen las figuras que han gozado de mayor aceptación en dogmática, manteniendo relativamente fuera de las esferas del debate la forma

⁶³⁹ VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado... *Op. Cit.* p.285.

en que tradicionalmente han sido concebidos estos ilícitos, limita considerablemente su eficacia en la protección de intereses macrosociales, en tanto se configuran como modalidades delictivas pre-ordenadas a la protección previa y mediatiza de bienes jurídicos individuales. En efecto, si bien existe una opinión generalizada en cuanto a la instauración de los delitos de peligro como respuesta a la necesidad de tutelar bienes jurídicos supraindividuales, lo cierto es que esta afirmación –que a primera vista no merece mayores reparos–, “parece no obtener reflejo en los contenidos que propone la doctrina tradicional para describir a los llamados delitos de peligro concreto”⁶⁴⁰, en tanto en estos se suele exigir la concurrencia de un resultado en sentido material, donde el bien jurídico ha de ser susceptible de concretizarse en ejemplares individuales materialmente ledibles y capaces de recaer, desde un punto de vista físico-naturalístico, en el radio de acción de la conducta peligrosa⁶⁴¹. Entendemos que la construcción de estos tipos penales en torno al bien jurídico individual, se explica –desde un punto de vista axiológico– en base a una cultura jurídica fuertemente arraigada en los principios del Derecho Penal liberal, concebido a partir de la tutela de los denominados intereses esenciales (v. gr. vida, salud, integridad física, propiedad), y –desde un punto de vista práctico–, por la dificultad de percibir la afectación en sentido material del bien jurídico colectivo. De esta manera, una de las principales objeciones efectuadas a los delitos de

⁶⁴⁰ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p.29.

⁶⁴¹ FINDACA, Giovanni. 1984. La tipizzazione del pericolo. Dei delitti e delle pene. p. 450. Citado en: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.220. (Nota al pie N° 7).

peligro concreto, es la imposibilidad de utilizarlo en la protección de bienes jurídicos colectivos, siendo una técnica de tipificación apta sólo para la tutela de bienes jurídicos individuales, que son los únicos que permiten la individualización material de la lesión y los únicos que pueden ser físicamente afectados por la acción peligrosa del sujeto⁶⁴².

Luego, para enfrentar el análisis respecto a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto e hipotético, es preciso remitirnos a dos de los principios básicos que configuran la identidad de esta rama del ordenamiento jurídico: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y su correlato, el principio de lesividad.

“Como ya hemos visto, el Derecho Penal moderno reconoce formalmente como uno de sus principales axiomas, la necesidad de que el delito constituya una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico”⁶⁴³, configurando dicha relación de lesividad entre la acción delictuosa y el objeto protegido, un requisito indispensable para afirmar la antijuridicidad material y la punibilidad de un hecho en el marco de las exigencias tradicionales de legitimación del derecho a sancionar.

⁶⁴² *Ibíd.*

⁶⁴³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. *Op. Cit.* p.35.

Desde estos presupuestos, los delitos de peligro de peligro abstracto, en su acepción tradicional, constituyen figuras que contravienen abiertamente estos principios o axiomas fundamentales, en tanto el artificioso recurso a la presunción o generalización de la carga de peligro, significa en la práctica prescindir de la afectación al bien jurídico, propiciando una expansión indebida y desmesurada del *ius puniendi*, que vulneraría no sólo importantes principios dogmático-penales, sino que también derechos constitucionales y procesales fuertemente arraigados en la cultura jurídica, como son el principio de inocencia, la prueba de la culpabilidad y el *in dubio pro reo*.

De este modo, la superación que dispensan los delitos de peligro hipotético o potencial, en su vertiente reinterpretativa del peligro abstracto, pasa por exigir como elemento imprescindible para afirmar la antijuridicidad material y el injusto típico en estos ilícitos, la existencia de una relación negativa⁶⁴⁴, de ofensividad entre el hecho individual sometido a enjuiciamiento y el bien jurídico protegido; vinculación que se expresaría en la exigencia de la peligrosidad de la acción, la cual ha de valorarse sobre la base de los elementos contenidos en las descripciones típicas, y acreditarse siempre en el caso concreto (en sede judicial).

⁶⁴⁴ MALDONADO, Francisco. 2006. *Op. Cit.* p. 56.

Finalmente, para cerrar las reflexiones esbozadas en esta memoria, entendemos que la reinterpretación y restricción de los delitos de peligro abstracto pasa por otorgar un lugar preponderante a la función teleológica asignada al bien jurídico en la interpretación del tipo penal, en tanto “los hechos típicos no son ‘valorativamente neutros’, sino penalmente relevantes. Esta relevancia no procede de que el hecho infrinja la prohibición contenida en el tipo, sino de que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho Penal”⁶⁴⁵. Tal como ya señalamos, “[d]eterminar la tipicidad de una conducta no se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción. Implica, además, en un momento posterior un proceso de valoración (TORIO, 1989). Y no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el tipo penal no es simplemente una suma de diferentes elementos objetivos y subjetivos, sino que es antes que nada, una valoración que se expresa a través de dichos elementos”⁶⁴⁶. “Cuando el Estado establece un tipo penal, quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal”⁶⁴⁷. “Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege

⁶⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. 2007. Derecho Penal Parte General. *Op. Cit.* p. 164.

⁶⁴⁶ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. *Op. Cit.* p.171.

⁶⁴⁷ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 171; TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. *Op. Cit.* pp.841 y ss.

prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma”⁶⁴⁸.

De ahí que “al conectar la función de protección de bienes jurídicos de la norma penal con la valoración de una conducta como contraria a la misma, el dato decisivo ha de residir en el plano objetivo-material, es decir, en la lesividad efectiva o potencial de tal conducta para el bien jurídico protegido, y no en la mera contradicción formal con la norma de comportamiento”⁶⁴⁹. “El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine injuria*), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos, ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal”⁶⁵⁰, y esta última habrá que considerarla en “el complejo de valoraciones y, por tanto, de reglas jurídicas que giran en torno al bien jurídico”⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social... *Op. Cit.* p. 153.

⁶⁴⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto... *Op. Cit.* pp.69 y 70.

⁶⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. 2007. Derecho Penal Parte General... *Op Cit.* p 148.

⁶⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social... *Op. Cit.* p.139.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. [en línea] Revista Penal. 2006. N° 18. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>>.
2. ACALE SÁNCHEZ, María. 2002. Los delitos de mera actividad. [en línea]. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, 2002. Núm 10. <<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5010/Documento.pdf>>.
3. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. 2008. Delitos de peligro e imputación objetiva. [en línea] Revista de Ciencias Penales Íter Criminis. Mayo – junio, 2008. Núm. 3, cuarta época. <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/Iter_criminis/Iter4-3.pdf>.
4. ANTOLISEI, Francesco. 1975. Manuale di Diritto penale. Parte generale. Milano, Editorial Giuffré, Milano.

5. ARENAS RODRIGÁÑEZ, María Paz. 1992. Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios. Madrid, Editorial Edersa.
6. BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A.
7. BARBERO SANTOS, Marino. 1973. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". Madrid, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 26 (1973) 3.
8. BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona. Editorial Paidós.
9. BECK, Ulrich. 2002. La sociedad del riesgo global. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores.
10. BERISTAIN, Antonio. 1979. Cuestiones penales y criminológicas. Madrid, Editorial Reus S.A.
11. BOGADO, María Gracia y FERRARI Débora Ruth. 2009. Sociedad de riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético. [en línea] Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). 21 de

agosto,

2009.

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20091005_02.pdf>.

12. BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. 2007. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito. 2ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis.

13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. Control social y sistema penal. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU).

14. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1994. Manual de Derecho Penal. Parte general. 4ª ed. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU).

15. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de Derecho penal, Volumen I. Madrid, Editorial Trotta.

16. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1999. Lecciones de Derecho penal, Volumen II. Madrid, Editorial Trotta.

17. CABEZAS CABEZAS, Carlos. 2010. Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. [en línea] Revista de Derecho de Valparaíso. N° XXXIV. 1º semestre de 2010.

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

18. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. 2000. Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N°1.
19. CARO CORIA, Dino. 2006. "Sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. [en línea] <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Bjc-concurso.pdf>>.
20. CASTRO C., Carlos, HENAO C., Luis, BALMACEDA H., Gustavo. 2009. Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
21. CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. [en línea] Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, 2002. Núm 10. <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>>.
22. CERVINI, Raúl. 2008. Derecho penal económico, perspectiva Integrada. [en línea] Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

<http://ciidpe.com.ar/area1/DERECHO%20PENAL%20ECONOMICO.%20PERSPECTIVA%20INTEGRADA.%20CERVINI1.pdf>>.

23. CITA TRIANA, Ricardo Antonio. 2010. Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho, línea de profundización en Derecho Penal. Bogotá D.C., Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales.

24. CLIMENT SANJUAN, Víctor. 2006. Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad. [en línea] Revista de Sociología. 2006, N° 82. <http://papers.uab.cat/article/view/v82-climent/pdf-es>>.

25. CORCOY BIDASÓLO, Mirentxu. 1996. Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro. En: MIR PUIG, Santiago y LUZÓN, PEÑA, Diego. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, J.M Bosch Editor.

26. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 1999. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y

reinterpretación de los tipos penales clásicos. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

27. CORCOY, BIDASOLO, Mirentxu. 2003. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización. [en línea] Revista Catalana de Seguretat Pública. 13 de diciembre 2003. Núm. 13. <<http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/133118/183092>>.

28. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. 2005. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial B de f.

29. DELGADO DÍAZ, Carlos J. 2005. Efectos del desarrollo científico-técnico: sensibilidad pública, conocimiento y riesgo. En: VALDÉS MENOCA, Célida. Ecología y sociedad. Selección de lecturas. La Habana, Editorial Félix Varela.

30. DÍAZ MÉNDEZ, Cecilia y GÓMEZ BENITO, Cristóbal. 2008. Alimentación, consumo y salud. Barcelona, Editorial Obra Social Fundación “la Caixa”. Colección de Estudios Sociales N° 24.

31. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. (s. a). Derecho Penal, Parte General. La teoría general del delito. Los delitos de peligro.

32. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 1997. El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. [en línea] Revista Jueces para la Democracia. Noviembre, 1997. N° 30. <<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2030%20noviembre%201997.pdf>>.
33. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 4 de enero, 2005. Núm. 07-01. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>.
34. DOVAL PAIS, Antonio. 1996. Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales. Pamplona, Editorial Aranzadi.
35. ESCOBAR VÉLIZ, Susana. 2012. La responsabilidad penal por productos defectuosos. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
36. ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. 1976. La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A.

37. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Héctor. 2012. Referencias a la legislación alimentaria en el mundo antiguo. [en línea] <<http://seguridadalimentaria-hectorfernandez.blogspot.com/2012/04/referencias-la-legislacion-alimentaria.html>>.
38. FERRAJOLI, Luigi. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta.
39. FERRO VEIGA, José Manuel. 2012. Fraudes alimentarios. ¿Qué comemos? [en línea] <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fraudes-alimentarios-%C2%BFqu%C3%A9-comemos>>.
40. FINDACA, Giovanni. 1984. La tipizzazione del pericolo. Dei delitti e delle pene.
41. FUENTES OSORIO, Juan. 2006. Formas de anticipación de la tutela penal. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 24 de agosto, 2006. Núm. 08-08. <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>.
42. GARCÍA RIVAS, Nicolás. 2005. Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria. [en línea] Revista de Derecho

Penal y Criminología. 2005. Núm 15.

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134885276>>.

43. GARLAND, David. 2005. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona, Editorial Gedisa.

44. GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Derecho penal parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 4^a ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

45. GRACIA MARTÍN, Luis. (s.a). El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho. [en línea] <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoDerechopenal/sites/default/files/Lecturas/El%20Derecho%20Penal%20Moderno.pdf>>.

46. GRACIA MARTÍN, Luis. 2003. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

47. GRACÍA MARTÍN, Luis. 2011. La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno. [en línea] Revista Jurídica Facultad de Derecho Universidad Católica de Guayaquil. 2011 (29)

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=755&Itemid=27>.

48. HASSEMER, Winfried. 1989. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12 (46/47).

49. HASSEMER, Winfried. 1992. Rasgos y crisis del Derecho penal moderno. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 45, fasc/mes 1. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402>>.

50. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. 1995. La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

51. HEFENDEHL, Roland. 2002. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 2002. Núm. 04-14 <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>.

52. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. 1994. Delitos de peligro con verificación de resultado ¿concurso de leyes? [en línea] Anuario de Derecho

Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 45, fasc/mes 1.
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46450>>.

53. HIRSCH, Hans Joachim. 1996. Peligro y peligrosidad. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 49, fasc/mes 2.
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224086>>.

54. HIRSCH, Hans Joachim. 2008. Sistemática y límites de los delitos de peligro. [en línea] Revista Latinoamericana de Derecho. Enero – diciembre de 2008. Núm. 9-10. Año V.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>.

55. HISTORIA DE LA LEY N° 17.155: MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. 1969. Santiago, de Chile, Biblioteca Congreso Nacional, 11 de junio de 1969.

56. HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal). 2ª ed. Santiago, LexisNexis.

57. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. 2006. La tutela penal de los consumidores en torno a los delitos de fraude alimentario nocivo. En: I CONGRESO Europeo

de Consumidores. Segovia, España, UCA: Asociaciones no federadas representadas por La Rioja, Parquesol (Valladolid) (Alconadilla-Segovia).

58. IÑIGO CORROZA, María Elena. 2001. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M Bosch Editor.

59. JAKOBS, Günther. 1997. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.

60. JAKOBS, Günther y CANCIO MELÍÁ, Manuel. 2003. Derecho penal del enemigo. Madrid, Thomson Civitas.

61. KUHLEN, Lothar. 1996. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. En: MIR P., Santiago y LUZON, P., Diego. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José María Bosch Editor S.L.

62. KUHLEN, Lothar. 2003. El Derecho penal del futuro. En: ARROYO L., NEUMANN U. y NIETO A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. España, Ediciones Universidad de la Castilla - La Mancha.

63. LANA VÉLEZ, Fausto. (s.a). La discusión en torno al fenómeno expansivo del derecho penal. [en línea] <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ladiscusion.htm>>.
64. LASCANO, Carlos J. 2004. La insostenible “modernización del Derecho Penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países “emergentes”. [en línea] Pensamiento Penal del Sur, 2004. Vol. I. <<http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>> .
65. MACHADO, Mariela. 2009. Necesidad de protección penal en materia de responsabilidad por el producto vs. principio de ultima ratio. [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/16102009/doctrina04.pdf>>.
66. MACHADO, Mariela. 2010. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos y su relación con los delitos de peligro [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01092010/doctrina04.pdf>>.
67. MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. [en línea] REJ – Revista de Estudios de la Justicia. 2006. Núm. 7 <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/0>>.

68. MALO CAMACHO, Gustavo. 1982. Delitos de lesión y delitos de peligro. En: PIÑA y PALACIOS, Javier. Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
69. MANTILLA ARANGO, Luis Daniel. 2012. Peligro abstracto y delitos económicos: dificultades prácticas. [en línea] Revista Universitas Estudiantes. Enero - diciembre, 2012. Núm 9. <http://132.248.9.34/hevila/Universitasesudiantes/2012/no9/14.pdf>.
70. MATA Y MARTIN, Ricardo. 1997. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica del peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (–tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico–). Granada, Editorial Comares.
71. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. 1993. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid.
72. MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid. Civitas Ediciones S.L.

73. MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. [en línea]. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, Núm. 9 (2003). <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5020/Documento.pdf>>.
74. MILANESE, Pablo. 2007. El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. [en línea] Derecho Penal Online (Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudencia en línea). Agosto de 2007. <<http://www.derechopenalonline.com>>.
75. MIR PUIG, Santiago. 1982. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 2ª ed. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A.
76. MIR PUIG, Santiago. 1994. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A.
77. MIR PUIG, Santiago. 2003. Introducción a las bases del Derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial B de f.

78. MIR PUIG, Santiago. 2007. Derecho penal parte general. 7° ed. Barcelona, Editorial Reppertor.
79. MONGE F., Antonia y GÓMEZ R., María del Carmen. 1997. Venta y manipulación ilegal de medicamentos. En: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente. Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
80. MUÑOZ CONDE, Francisco. 1996. El “moderno” Derecho Penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. N° 3: 1340.
81. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2007. Derecho Penal, Parte General. 7ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
82. NASH ROJAS, Claudio. 2011. Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca. [en línea] Revista de Derecho y Humanidades. 2011, N° 18.
<<http://www.captura.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134121/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1>>.

83. NAVARRO SOTO, Susana. 2003. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada, Editorial Comares.
84. NUÑEZ CASTAÑO, Elena. 2000. Responsabilidad penal en la empresa. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
85. PADOVANI, Tullio. 1984. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. Revista Dei Delitti E Delle Pene.
86. PAREDES CASTAÑÓN, José. 2003. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico: bases político-criminales. [en línea] Revista de Derecho Penal y Criminología. 2003. Nº 11. <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-11-5030&dsID=Documento.pdf>>.
87. PARIONA ARANA, Raúl. 2007. El Derecho penal “moderno”. [en línea] Revista Penal. Julio de 2007. Nº 20. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/328/319>>].
88. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. 1991. Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del Delito Alimentario Nocivo. Barcelona, Editorial Praxis S.A.

89. QUINTERO O., Gonzalo y MORALES P., Fermín. 2005. Parte General del Derecho Penal. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi. p.320.
90. QUINTERO O., Gonzalo y MORALES P., Fermín. 2007. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. 6ª ed. Navarra, Thomson Aranzadi. p.1365.
91. RAMÍREZ CASTAÑEDA, Luz. 2002. Teoría de sistemas. [en línea] Universidad Nacional de Colombia, sede Manizales. <<https://webbrain.com/attach?brain=A6D07A03-C800-5CE7-B502-2C39B049C716&attach=3&type=1>>.
92. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. 2004. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos contra el medio ambiente. [en línea] Medio Ambiente y Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental. 2004, Nº 11. <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/dnc03.pdf>>.
93. RODRÍGUEZ DEVESA, José Mª y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. 1994. Derecho Penal Español. Parte General. 17ª edición. Madrid, Editorial Dykinson.
94. RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. 1994. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales.

95. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. 2005. Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos. En: BOIX REIG, J. y BERNARDI, A. Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores. Madrid, Iustel.
96. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. 1984. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Editorial Trivium.
97. ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Madrid, Editorial Civitas S.A.
98. ROXIN, Claus. 2003. Consideraciones finales. En: ARROYO L., NEUMANN U. y NIETO A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. España, Ediciones Universidad de la Castilla - La Mancha.
99. ROXIN, Claus. 2012. La imputación objetiva en el Derecho Penal. 2ª Ed. Lima, Editorial Grijley.

100. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. 2010. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo. [en línea] Estudios Penales y Criminológicos. 2010, Vol. 30. <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4163/1/pg_395-446_penales30.pdf>.
101. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. 1999. El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid.
102. SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.
103. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid, Civitas.
104. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. 2008. ¿El Derecho Penal garantista en retirada? [en línea] Revista Penal. Enero de 2008. Nº 21. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/347/338>>.

105. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. 1995. Derecho Penal de la empresa. Madrid, Editorial Trotta. p. 50.
106. TISNADO SOLIS, Luis. 2011. Responsabilidad penal por productos defectuosos. Criterios de imputación. [en línea]. <http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=10357>
107. TORIO LÓPEZ, Ángel. 1981. Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo 34.
108. VARGAS PINTO, Tatiana. 2007. Delitos de peligro y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Pamplona, Thomson Aranzadi.
109. VARGAS PINTO, Tatiana. 2013. Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile.
110. VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. 2009. Aspectos introductorios al derecho del consumo. [en línea]. Prolegómenos. Derechos y Valores. Vol. XII, N° 24. Julio-Diciembre 2009. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269006>>.

111. VILLEGAS PAIVA, Elky. 2010. Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf>.

112. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. 2002. Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar.