



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL CONCEPTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y SU ALCANCE  
PARA INTEGRAR OTRAS CATEGORÍAS DELICTIVAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Paloma Castillo Arancibia

Profesor guía: Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

SANTIAGO, CHILE

2024

**A mi familia**

## **Agradecimientos**

Quiero agradecer al Profesor Dr. iur. Lautaro Contreras Chaimovich por su excelente disposición para guiar este trabajo, por sus valiosas observaciones y por su amabilidad durante todo el proceso de redacción de esta memoria.

También quiero agradecer, de forma especial, el apoyo de mi familia. A mi padres, Liliana y Patricio; a mis hermanas y hermano, Javiera, Macarena y Álvaro; y a mi abuela, Liliana. Gracias por su inconmensurable amor y apoyo durante toda mi carrera.

## ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	5
1. La afectación al bien jurídico .....	5
2. Objeto de la investigación .....	10
3. Finalidad de la investigación .....	11
4. Metodología de la investigación.....	15
5. Estructura de la investigación.....	15
<i>CAPÍTULO 1: DISTINCIONES PRELIMINARES</i> .....	17
1. La distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro .....	18
2. La distinción entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto .....	23
2.1. Delitos de peligro concreto.....	24
2.2. Delitos de peligro abstracto .....	27
3. La distinción entre delitos de peligro abstracto propiamente tales y delitos de idoneidad .....	31
3.1. Problemas a los que se enfrentan los delitos de peligro abstracto.....	32
3.2. Delitos de peligro abstracto propiamente tales.....	35
3.3. Delitos de idoneidad .....	38
<i>CAPÍTULO 2: EL ALCANCE DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO</i> .....	43
1. Fundamento tradicional de la criminalización y del injusto de los delitos de peligro abstracto.....	44
1.1. Teoría de la presunción del peligro .....	44
1.2. Teoría del peligro como motivo del legislador.....	49
1.3. Críticas a los delitos de peligro abstracto .....	54
2. Nuevos intentos de legitimación de los delitos de peligro abstracto .....	63
2.1. Los delitos de peligro abstracto como una infracción del deber de cuidado ....	64
2.2. La seguridad como un bien jurídico protegido por los delitos de peligro abstracto	66
2.3. La reinterpretación de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de idoneidad .....	70
<i>CAPÍTULO 3: NUEVAS CATEGORÍAS DELICTIVAS</i> .....	74
1. La protección de bienes jurídicos supraindividuales .....	77
2. Los delitos de acumulación .....	84
3. Los delitos de preparación.....	90
4. Los delitos de conducta .....	94
<i>CONCLUSIONES</i> .....	98
<i>BIBLIOGRAFÍA</i> .....	102

# INTRODUCCIÓN

## 1. La afectación al bien jurídico

El concepto de bien jurídico es una cuestión que se debe abarcar con cuidado. Al ser este un concepto vago o relativo y amplio, ha resultado problemático para la doctrina darle contenido<sup>1</sup>. En ese sentido, podemos ver distintas aseveraciones acerca de lo que es el bien jurídico.

Wolfgang Frisch<sup>2</sup> explica que existen diversas concepciones de lo que es un bien jurídico. Algunos lo definen como estados de cosas que aparecen como valiosos o cuya conservación se estima valiosa por la sociedad, o como intereses legítimos que requieren protección tanto de los particulares como de la generalidad, o incluso como unidades y procesos funcionales dignos de conservación<sup>3</sup>. Otros, como Urs Kindhäuser<sup>4</sup> entienden que son aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social del Derecho. Otro ejemplo es Knut Amelung<sup>5</sup> en su artículo donde analiza el concepto del bien jurídico en materia penal, en el que concluye que es un objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del Derecho positivo.

---

<sup>1</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 312.

<sup>2</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 311.

<sup>3</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 311.

<sup>4</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “ Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 7.

<sup>5</sup> AMELUNG, K. (2007): “El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 263.

Y así, hay tantas posturas respecto a qué son como críticas a cada concepto que se ha intentado construir. Lo anterior, y relevante para esta investigación, es que el contenido de lo que es el bien jurídico se relaciona directamente a la discusión sobre cuándo se entiende afectado y cuándo se va a considerar pertinente la intervención del Derecho Penal para su protección.

Convencionalmente se ha entendido que en la afectación de los bienes jurídicos existe una clasificación tripartita, siendo esta la lesión y la puesta en peligro concreto y abstracta del bien jurídico<sup>6</sup>. Desde este punto de partida, se concluye que todos los tipos penales susceptibles de justificación han de poder incorporarse dentro de esta agrupación separada en tres pilares<sup>7</sup>. Sin embargo, actualmente esta afirmación ya no es tan definitiva<sup>8</sup>.

Perfecta sería la categorización de delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto si estuviéramos ante una sociedad inalterable. No obstante, convivimos dentro de una colectividad que evoluciona. Las sociedades industriales modernas implican una serie de riesgos que superan al simple individuo<sup>9</sup>, y es ahí donde nos enfrentamos al problema de cómo clasificar los *nuevos* riesgos que amenazan al bien jurídico protegido.

Incluso, además de nuevos riesgos también podemos reconocer nuevos bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos en consideración a los intereses actuales de las sociedades. Corcoy Bidasolo postula que mientras en el Derecho Penal *nuclear* se protegen bienes jurídico-penales *personales*, en general, protegidos mediante preceptos configurados como delitos de lesión, el *nuevo* Derecho Penal tiene como referente la tutela de bienes jurídicos

---

<sup>6</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 225.

<sup>7</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>8</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 312.

<sup>9</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 4.

*supraindividuales o colectivos*, a través de la utilización de la técnica legislativa de los llamados delitos de peligro— en especial de los delitos de peligro abstracto—<sup>10</sup>. Podemos encontrar bienes jurídicos supraindividuales como el medioambiente<sup>11</sup>, que generan discusión en torno a su legitimidad, pues no existe una persona ofendida determinada por el hecho delictivo y muchas veces la simple conducta típica no genera ni siquiera un riesgo de *peligro abstracto*<sup>12</sup>. Así, una de las objeciones a la protección de bienes jurídicos supraindividuales es la ruptura de los principios básicos del Derecho Penal que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro, incriminando la mera desobediencia<sup>13</sup>.

Al encontrarnos ante esta situación, una duda razonable que surge es si podemos afirmar que todos los tipos que se han ido incorporando a la regulación penal son posibles de incorporarse en esta tripartición o no. En especial, si procede realmente incorporarlos dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto.

El concepto de la *sociedad del riesgo*, estudiado por el sociólogo Ulrich Beck, ha generado preguntas en torno a cómo enfrentar los nuevos riesgos y amenazas coproducidas sistemáticamente en los procesos de modernización. Riesgos que se generan como “efectos secundarios latentes” del mismo proceso<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 20.

<sup>11</sup> Existen autores que diferencian los bienes jurídicos colectivos de los supraindividuales. Por ejemplo, Kuhlen postula que existen los bienes jurídicos colectivos aparentes y los verdaderos bienes jurídicos supraindividuales. Lo anterior se profundizará en el capítulo 3 de esta investigación.

<sup>12</sup> MARRERO GUANCHE, D. (2023): “La persona perjudicada en los delitos contra el medioambiente”, en: ARRABAL, P., CONDE, J., GARCÍA, P., FUENTES, O. “El proceso en tiempos de cambio. VII Processulus Encuentro de jóvenes investigadores en derecho procesal”. (Murcia, Colex) p. 91.

<sup>13</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 183.

<sup>14</sup> BECK, U. (2002): “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad” (Barcelona, Editorial Paidós) p. 203.

Para Herzog, la acentuada tendencia hacia los delitos de peligro en el moderno desarrollo del Derecho penal es una respuesta a cómo se han enfrentado estos riesgos<sup>15</sup>. En la misma línea, Mendoza Buergo, sostiene que el extraordinario aumento de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, es consecuencia de las nuevas necesidades de protección y seguridad<sup>16</sup>.

Precisamente, dado que la sociedad evoluciona, los riesgos y amenazas a la misma también se desarrollan. Ante esa situación, el Derecho Penal moderno intenta combatir estos nuevos riesgos de forma preventiva. Dado que los bienes jurídicos que se tratan de proteger se ven enfrentados a nuevas amenazas,<sup>17</sup> es mediante la anticipación de la punibilidad de las conductas y por medio de los delitos de peligro abstracto que el Derecho ha hecho frente a estas renovadas necesidades de protección<sup>18</sup>.

La evolución de esta sociedad del riesgo ha tenido diversas consecuencias, pero las que interesarán abordar en esta investigación son las consecuencias dogmáticas y los nuevos desafíos que se han generado, construyendo lo que se conoce ahora como Derecho Penal de la sociedad del riesgo<sup>19</sup>.

Esta situación la relata bien Winfried Hassemer en su libro sobre la crítica al Derecho Penal de hoy. Allí explica que la política criminal moderna, está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del Derecho Penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía,

---

<sup>15</sup> HERZOG, F. (1991): “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)”, en: Nuevo Foro penal (12, 53), p. 304.

<sup>16</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 78.

<sup>17</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 79.

<sup>18</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 65.

<sup>19</sup> CERESO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10), p. 54.

impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo – como la vida, salud, libertad, etc.–, sino a bienes jurídicos de la generalidad que, además, describen en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal: protección del "bienestar" del hombre, salud pública, etc. Además, instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de daño o lesión –entre cuyos presupuestos de punibilidad está la comprobación de un daño concreto y su causación por el imputado–, sino por medio de los delitos de peligro –generalmente abstracto–, para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción que el legislador ha prohibido por peligrosa<sup>20</sup>.

Así, como primera observación, podemos darnos cuenta de que ha habido un aumento en el uso de los delitos de peligro abstracto. Se ha estado utilizando esta categoría para incorporar todos los *nuevos* tipos penales de difícil conceptualización y que pretenden proteger la afectación de *nuevos* bienes jurídicos –los cuales también son complejos de determinar en cuanto a su contenido–.

El hecho de que existan nuevos riesgos y pretensiones de protección respecto de nuevos bienes jurídicos también origina preguntas respecto de si estas nuevas conductas punibles serán posibles de ser incorporadas dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto como se ha hecho hasta ahora, o si realmente esta categoría ya no es suficiente para reunir todo lo que no sea lesión y puesta en peligro concreto.

Lo que sucede normalmente es que no se va más allá de la clasificación tripartita de las estructuras delictivas de delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto. Por ende, al momento de “integrar” estas situaciones con bienes jurídicos colectivos que son más complejos, se recurre a los delitos de peligro abstracto<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> HASSEMER, W. (2003): “Crítica al Derecho Penal de Hoy”. 2da ed. (Buenos Aires, Ad-Hoc) p. 58.

<sup>21</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 193.

Con todo, el problema no es la categoría de delitos de peligro abstracto en sí misma. Por el contrario, el Derecho Penal hace bien en impedir en el momento “preciso” los ámbitos de peligro masivos que se generan en la sociedad, dado que, si no lo hiciese, se convertiría en un Derecho Penal simbólico, volviéndose ineficiente.

El problema más bien es cómo se ha estado utilizado esta categoría de peligro abstracto, empleándose sin detenerse a delimitar su uso en base a criterios de aplicación o en torno a su finalidad. Tan solo hay que pensar en los delitos acumulativos, delitos de preparación o delitos de aptitud, los cuales, al tratar de ser insertados en esta clasificación tripartita, se ven enfrentados a críticas en cuanto a su pertenencia dentro de los delitos de peligro abstracto. Surgen entonces preguntas de si son realmente delitos de peligro abstracto o si es siquiera una tipificación adecuada dada la amplitud con la que se comienza a proteger los bienes jurídicos. Asimismo, algunos también cuestionan si los delitos de peligro abstracto son la categoría idónea para protegerlos, dado el carácter que presentan estos bienes jurídicos supraindividuales<sup>22</sup>.

Por lo tanto, ante los nuevos riesgos y bienes jurídicos colectivos que interesan proteger actualmente, es necesario preguntarse cuáles son las fronteras y límites de los delitos de peligro abstracto.

## **2. Objeto de la investigación**

Al ser los delitos de peligro abstracto una categoría delictiva que no supone una lesión ni una puesta en peligro concreta del bien jurídico, la materia será el entendimiento y alcance del concepto de delitos de peligro abstracto. De esta forma, el objeto de la investigación serán las definiciones positivas que se han intentado construir entorno a esta categoría delictiva y las teorías que han surgido en la doctrina para delimitar su aplicación.

---

<sup>22</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2015): “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales”, en: Ponencia presentada en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá los días 18 y 19 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Ponencia.pdf> , p. 11.

### 3. Finalidad de la investigación

Tradicionalmente se tiende a definir a los delitos de peligro abstracto de una forma residual, como aquellos delitos que no comprenden una lesión o un peligro concreto al bien jurídico<sup>23</sup>. Con esta definición se crea una gran indeterminación de contenido respecto de estos delitos, sin embargo, los delitos de peligro abstracto no dejan de ser una categoría delictiva importante en la intervención penal.

En principio, lo que se castiga bajo esta categoría delictiva es la peligrosidad de la conducta, siendo el peligro la *ratio legis* –la razón o motivo del legislador– para la creación de esta clase de tipos penales<sup>24</sup>. No obstante, la peligrosidad no es considerada en el tipo<sup>25</sup>. Se castiga el injusto de conducta, haciendo que estos delitos siempre sean de mera actividad. No se castiga por cuánto peligro podría haber causado o no la actividad, sino por el mero hecho de haberla ejecutado, a diferencia de los delitos de peligro concreto, que exigen un resultado de peligro<sup>26</sup>.

Para Mendoza Buergo<sup>27</sup>, existen dos grandes teorías *formales tradicionales* que fundamentan los delitos de peligro abstracto. Por un lado, la teoría del peligro como motivo del legislador y, por el otro, la teoría de la presunción del peligro. Teorías que también podemos ver adoptadas en diversas sentencias de los tribunales chilenos.

---

<sup>23</sup> BASCUR RETAMAL, G. (2019): “Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos”, en: *Política Criminal* (14, 28). Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992019000200562#fn1](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200562#fn1)

<sup>24</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor), p. 239.

<sup>25</sup> CERESO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho penal y criminología* (2,10). p. 47.

<sup>26</sup> CERESO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho penal y criminología* (2,10). p. 55.

<sup>27</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 80.

La teoría del peligro como motivo del legislador o teoría del peligro general, es seguida por autores alemanes como Roxin<sup>28</sup>, Cerezo Mir<sup>29</sup>, Wessel, Beulke y Satzger<sup>30</sup>, entre otros autores<sup>31</sup>. Se funda en que el legislador entiende que cierto tipo de conductas son una clase de comportamientos que con frecuencia afectan al bien jurídico y, por lo tanto, son desaprobadas en forma general<sup>32</sup>. En definitiva, se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico<sup>33</sup>.

Aquí lo que importa es que se realice la conducta descrita en el tipo, pues lo que se castiga no es otra cosa más que realizar la conducta típica que pertenece a una categoría de acciones que frecuentemente trae consecuencias peligrosas. Por lo mismo, el motivo de su castigo es que, para el legislador, normalmente suponen un peligro<sup>34</sup>.

La comprensión de los delitos de peligro abstracto bajo esta teoría se puede hallar en sentencias chilenas como las siguientes:

“Que, ante esta última alegación resulta útil reiterar que los delitos de peligro abstracto *están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación del peligro que se trata de evitar*<sup>35</sup>” (Énfasis añadido)

---

<sup>28</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 336.

<sup>29</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 47.

<sup>30</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46º edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 40.

<sup>31</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 48.

<sup>32</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 300.

<sup>33</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 47.

<sup>34</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2003): “Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General.” 2º ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 211.

<sup>35</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°461-2012, 10 de octubre 2012.

“Que, la doctrina ha definido los delitos de peligro abstracto como aquellos donde el peligro se presupone como *motivo establecido por el legislador y no aparece especialmente en el tipo*. Por lo tanto, el peligro no se encuentra en el tipo penal, solo queda comprobar la realización de la conducta como mera actividad, sin ninguna exigencia probatoria...<sup>36</sup>” (Énfasis añadido)

Por otro lado, la teoría de la presunción del peligro, que es tradicionalmente predominante en España e Italia<sup>37</sup>, defiende que, a través de una presunción de carácter general establecida por el legislador, es posible afirmar que el comportamiento típico implica en todo caso un peligro.

Originalmente esta era una presunción *iuris et de iure*<sup>38</sup>, lo que significa que la presunción no admitía prueba en contra de la existencia de peligro, pero últimamente la doctrina ha tratado de darle a esta presunción un carácter *iuris tantum*<sup>39</sup>, esto es, que se pueda probar si hubo peligro o no –lo que también ha generado discusiones en doctrina en torno a incorporar el peligro dentro del tipo–.

El entendimiento de los delitos de peligro abstracto bajo la teoría de la presunción del peligro también se ha acuñado en sentencias chilenas:

“Lo anterior lleva a concluir que esta atenuante resulta improcedente tratándose de delitos de peligro abstracto, como acontece en la especie, pues en ilícitos de esta naturaleza *es el legislador quien presume que ciertas conductas entrañan siempre peligro*<sup>40</sup>”. (Énfasis añadido)

---

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°335-2011. 26 de abril 2011.

<sup>37</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 298.

<sup>38</sup> CERESO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 62.

<sup>39</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 299.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2978-2012, 11 de diciembre 2012.

“(…) pues en los delitos de peligro abstracto, cuyo es el caso, para su comisión basta la realización de la conducta infractora, *siendo innecesario acreditar su peligrosidad pues precisamente se tipifica como delito porque aquella* [la peligrosidad en la conducta] *se supone en sí misma por tratarse de una acción típicamente peligrosa*. Y siendo así, es irrelevante que se produzca o no el peligro concreto cuyo solo riesgo el legislador ha querido evitar<sup>41</sup>”. (Énfasis añadido)

Teniendo en cuenta el análisis superficial del concepto de delitos de peligro abstracto y su vínculo con el concepto de bien jurídico que hicimos en la primera sección<sup>42</sup>, puede afirmarse que actualmente existe una dificultad al criminalizar conductas que suponen un peligro para un nuevo bien jurídico, pero que no calzan a cabalidad con lo que requiere el mismo concepto. Creando, como consecuencia de su uso indiscriminado, críticas o dudas acerca de la propia legitimidad de esta clasificación<sup>43</sup>.

Con todo, el problema sigue siendo la incertidumbre de esta técnica de tipificación, no porque sea una técnica que, según parte de la doctrina, atraiga problemas de legalidad, proporcionalidad o incluso culpabilidad, sino más bien porque es un mecanismo que requiere de exactitud, para así “liberarlo”, en parte, de estas críticas. Esto porque, además, resulta decisiva la evolución del delito de peligro abstracto en el marco de la actual lucha contra la criminalidad; o mejor, de la prevención de la criminalidad<sup>44</sup>.

Por tanto, la finalidad de esta investigación será responder a la pregunta de si los delitos de peligro abstracto abarcan todas las conductas punibles que no supongan una lesión o una puesta en peligro concreto al bien jurídico. Específicamente, si son actualmente una categoría

---

<sup>41</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°164-2013, 15 de marzo 2013.

<sup>42</sup> Discusión que vimos en el apartado “1.La afectación al bien jurídico y actuales problemáticas en cuanto a su clasificación”

<sup>43</sup> RUSCA, B. (2022): “Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica”, en: Revista Chilena de Derecho (vol.49, n°1). p.103

<sup>44</sup> ZABEL, B. (2018): “¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad”, en: Revista para el Análisis del Derecho (N°1). Disponible en: <https://indret.com/del-hecho-al-conflicto-sobre-el-cambio-de-funcion-del-derecho-penal-de-culpabilidad/> p. 10.

delictiva capaz de abarcar nuevos tipos de delitos o si se ha convertido en una categoría delictiva insuficiente. De ser así, se debería concluir que ya no basta con una clasificación tripartita sobre la afectación de los bienes jurídicos.

#### **4. Metodología de la investigación**

El método de investigación que se utilizará en este proyecto será el método dogmático. Al ser la finalidad de esta investigación el poder delimitar qué es lo que puede ser incluido dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, se utilizará este método para sistematizar las distintas teorías y propuestas que existen en torno a estos. Así, al ser estas teorías confrontadas, se podrá establecer cuáles son sus puntos débiles y fuertes, pudiendo construir una estructura que permita delimitar hasta dónde estos delitos son capaces de abarcar otras categorías delictivas.

En consecuencia, el método dogmático empleado en esta investigación será utilizado para sistematizar y hacer un análisis crítico. Las respuestas a las que se lleguen permitirán precisar las falencias que presenta esta categoría y encontrar qué clases de delitos son dejados fuera de esta dimensión. De esta forma, al determinar dónde están sus insuficiencias, se podrá responder la pregunta de esta investigación.

#### **5. Estructura de la investigación**

La estructura de esta investigación se dividirá en tres capítulos. En el **primer capítulo** se harán distinciones preliminares. Primero, se hará una distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro. En segundo lugar, se distinguirá entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto. En tercer lugar, se analizará brevemente los problemas a los que se enfrenta la categoría de peligro abstracto y luego se diferenciará entre delitos de peligro abstracto propiamente tales y de idoneidad. En el **segundo capítulo**, en su primera sección, se revisará el fundamento tradicional de la criminalización y del injusto de los delitos de peligro abstracto; la teoría de presunción del peligro, la teoría del peligro como motivo del legislador y las críticas que envuelven al concepto de delitos de peligro abstracto y su supuesta infracción al principio de culpabilidad y lesividad. En la segunda sección se revisarán tres

propuestas de legitimización de los delitos de peligro abstracto; los delitos de peligro abstracto como una infracción del deber de cuidado; la seguridad como un bien jurídico protegido por los delitos de peligro abstracto; la reinterpretación de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de idoneidad. En el **tercer capítulo** se analizarán los problemas e insuficiencias que presentan los delitos de peligro abstracto para abarcar otras categorías delictivas, haciendo un breve análisis de los delitos de acumulación, delitos de preparación y delitos de conducta como categorías que no cumplen con las delimitaciones hechas en la doctrina respecto de los delitos de peligro abstracto. Por último, se **concluirá** la investigación con un análisis en torno a lo investigado en los capítulos ya identificados.

## CAPÍTULO 1: DISTINCIONES PRELIMINARES

Si bien el concepto de bien jurídico, como vimos antes, es una cuestión discutida, tomaremos el concepto que es usado por Wessels, Beulke y Satzger. De este modo, se denomina bienes jurídicos a aquellos bienes vitales, valores sociales e intereses jurídicamente reconocidos del individuo o de la comunidad, que gozan de protección jurídica debido a su especial relevancia para la sociedad<sup>45</sup>.

Son bienes jurídicos del individuo o bienes jurídicos individuales, por ejemplo, la vida, la libertad personal, el honor, la propiedad, entre otros. Por otro lado, son bienes jurídicos colectivos o supraindividuales la existencia y la estructura democrático-liberal del Estado, la conservación de secretos de Estado, el medioambiente, la salud pública, la correcta administración de justicia, entre otros<sup>46</sup>.

Se entiende que el bien jurídico protegido por una norma penal establece un criterio importante para la interpretación de un tipo penal. Al concepto de bien jurídico se le adjudica por buena parte de la doctrina una “función crítica”<sup>47</sup> y esta función crítica proscribiera al legislador la criminalización de conductas que no ponen en peligro ni lesionan bienes jurídicos. Es decir, solo se puede criminalizar una conducta cuando esta lesiona o pone en peligro al bien jurídico. El legislador no puede ir más allá de eso. De lo anterior se concluye que tampoco puede considerarse a las meras inmoralidades como objeto de los tipos penales<sup>48</sup>.

No obstante, se debe distinguir bien entre bien jurídico y objeto de la acción. Los bienes jurídicos son valores sociales ideales, como la vida, la propiedad y la posesión. En cambio,

---

<sup>45</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 59.

<sup>46</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 59.

<sup>47</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 60.

<sup>48</sup> Por lo mismo, es discutido la existencia de delitos sin bien jurídico o los delitos de conducta. Cuestión que revisaremos en el tercer capítulo de esta investigación.

el objeto de la acción es el objeto concreto, que constituye el objeto del hecho y sobre el cual recae la acción<sup>49</sup>. Por ejemplo, si el bien jurídico es la vida, el objeto de la acción sería el cuerpo humano<sup>50</sup>. Con todo, puede que en algunas ocasiones el bien jurídico y el objeto de la acción tengan el mismo contenido.

De este modo, la clasificación que iremos profundizando ahora se orienta según la gravedad del perjuicio hacia el objeto de la acción. Según ello se distingue entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. Y estos últimos a su vez se clasifican entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, según si el hecho ha creado realmente un peligro o si la acción lleva consigo un peligro inminente<sup>51</sup>.

## **1. La distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro**

Sabemos que existen distintos grados en los que se puede afectar u ofender un bien jurídico, en la medida en que una acción solo es relevante si ofende un bien jurídico—siguiendo la doctrina de la función crítica—<sup>52</sup>. Los tipos penales pueden configurarse como delitos de lesión, si en el tipo se requiere su efectivo menoscabo, o como delitos de peligro, si sólo se requiere la creación de un riesgo para el bien jurídico<sup>53</sup>.

La principal diferencia entre los primeros y los segundos se encuentra en el grado o medida en que los respectivos tipos requieren la afectación al bien jurídico protegido. En los delitos de lesión se requiere que la conducta prive, menoscabe o perjudique efectivamente el bien

---

<sup>49</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 60.

<sup>50</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 123.

<sup>51</sup> WELZEL, H. (1956): Derecho Penal. Parte General. (Buenos Aires, Roque DePalma Editor), p. 93.

<sup>52</sup> ORTS BERENQUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 253.

<sup>53</sup> ORTS BERENQUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 254

jurídico. Mientras que en los delitos de peligro la realización del tipo se verifica con la creación de un riesgo determinado para el bien jurídico<sup>54</sup>.

Claus Roxin hace la distinción entre estos delitos dependiendo de si el *objeto* de la acción del tipo debe ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad<sup>55</sup>. Así, en los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidio, en los delitos de lesiones, en los daños, entre otros. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción<sup>56</sup>.

Para más especificidad, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée entienden que en los delitos de lesión hay un menoscabo o destrucción *valorativa* del bien jurídico<sup>57</sup>. Mientras que en los delitos de peligro existe una *probabilidad* de que el comportamiento típico produzca una lesión efectiva. Su diferencia principal está en el momento de la *consumación*. En los delitos de lesión es necesario que exista una lesión *efectiva* sobre el bien jurídico. En cambio, en los delitos de peligro basta con el peligro real –*el riesgo*– imputable a la realización típica.

No muy diferente es la definición de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, está la definición que da Mir Puig según quien, si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un delito de lesión, mientras que, si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un delito de peligro<sup>58</sup>.

También, es posible encontrar otros conceptos más enfocados en el objeto de la acción más que en el bien jurídico. Wessels, Beulke y Satzger entienden que al tipo de los delitos de

---

<sup>54</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 253.

<sup>55</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 334.

<sup>56</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 335.

<sup>57</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 42.

<sup>58</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor), p. 239.

lesión pertenece un daño al objeto de la acción, lo que significa un daño real en los bienes jurídicos. Por el contrario, en los delitos de peligro basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección previsto en el tipo<sup>59</sup>.

Dentro de la doctrina chilena Cury Urzúa los describe según su impacto en el mundo exterior. En los delitos de lesión el cambio en el mundo exterior concluye en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho. En los delitos de peligro, el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera en perjuicio de su seguridad<sup>60</sup>.

Por último, también dentro de la doctrina chilena, Matus y Ramírez explican que son delitos de lesión aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico (p. ej., homicidio, art. 391; hurto, art. 432; estafa, art. 468; violación, art. 361, etc.). Y son delitos de peligro aquellos en que la ley se contenta con describir un hecho que estima riesgoso, atendida la probabilidad de que de él se deriven daños para intereses sociales o individuales protegidos, pero sin considerar el daño o lesión a esos bienes jurídicos como elementos del tipo penal respectivo<sup>61</sup>.

Con todo, no hay que asimilar la clasificación de delitos de lesión y delitos de peligro con la clasificación entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Estas son clasificaciones distintas y con criterios diferentes.

Los delitos de lesión y de peligro se refieren al grado de afectación al bien jurídico, mientras que la segunda clasificación se refiere a la composición del injusto<sup>62</sup>. De modo que la asimilación de los delitos de lesión con los delitos de resultado, o los delitos de peligro con los delitos de mera actividad, es un error.

---

<sup>59</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46ª edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

<sup>60</sup> CURY URZÚA, E. (2005): “Derecho Penal. Parte General.” 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 293.

<sup>61</sup> MATUS ACUÑA, J.P., RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch) p. 318.

<sup>62</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 254.

Los delitos de lesión pueden ser tanto delitos de resultado como delitos de mera actividad. A modo de ejemplo, un delito de lesión y de resultado es el homicidio, en cambio, la violación es un delito de lesión y de mera actividad<sup>63</sup>.

Los delitos de peligro también pueden ser delitos de resultado y delitos de mera actividad (cuando son de peligro concreto y peligro abstracto, respectivamente). Por ejemplo, la tenencia ilícita de armas es un delito de peligro y de mera actividad<sup>64</sup>. Mientras que el delito del artículo 313 D del Código Penal es un delito de peligro y de resultado<sup>65</sup>.

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée estiman que entre los numerosos problemas que presentan los delitos de peligro, sin duda los más importantes son los interpretativos, más exactamente, los que se refieren a la gravedad del peligro exigido para que intervenga el Derecho Penal<sup>66</sup>.

Y, dado que los delitos de peligro suponen una anticipación en la barrera de la protección penal, trasladándose un escalón antes de la efectiva lesión al bien jurídico, es necesario revisar que exista un efectivo peligro y cuál es su concepto. El concepto de peligro es poco claro y polémico dentro de la doctrina<sup>67</sup>. Además, es discutido también qué criterio debe utilizarse para resolver si existe un peligro o no. Es un tema que se discute más en el caso de los delitos de peligro concreto, pues el juez debe verificar que exista un peligro en el caso concreto para sancionar la respectiva conducta<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 255.

<sup>64</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 254.

<sup>65</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1997): “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo IV (Santiago, editorial Jurídica de Chile), p. 284.

<sup>66</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 108.

<sup>67</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 675.

<sup>68</sup> Este último punto lo retomaremos más adelante cuando veamos los delitos de peligro concreto.

Hans Welzel da un concepto de peligro entendiendo que en el Derecho Penal entran en consideración no solamente acontecimientos reales, sino también los posibles. La creación de un *peligro* es un estado extraordinario en el que se puede esperar con cierta probabilidad la producción de consecuencias dañinas, peligro que está puesto a veces bajo amenaza penal<sup>69</sup>.

Según la jurisprudencia alemana<sup>70</sup> el peligro es una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado y de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes, aparece como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad de este. También se han hecho distinciones entre el *peligro* al que es sometido el objeto material y la *peligrosidad* de una acción que puede materializarse de un modo abstracto o concreto<sup>71</sup>.

La discusión sobre el concepto de peligro se ha profundizado aún más en la actualidad. Anteriormente, el legislador había optado por una criminalización que adoptaba la forma o la estructura, en su mayoría, de delitos de lesión<sup>72</sup>. No obstante, como establecimos en la introducción de esta investigación, en el último tiempo han aparecido exigencias –a consecuencia de la sociedad moderna– por las cuales el legislador ha tenido que adelantar la punibilidad y la protección de los bienes jurídicos.

Así lo dicen Enrique Orts Berenguer y José González Cussac. La finalidad de esta expansión del Derecho Penal, y del uso intenso de esta técnica legislativa de los delitos de peligro, es aumentar la tutela de intereses individuales, (por ejemplo, la integridad de las personas) amenazados por las nuevas formas de criminalidad y las nuevas tecnologías (v.gr., delitos informáticos, manipulaciones genéticas, fraudes a los consumidores). Pero también la de

---

<sup>69</sup> WELZEL, H. (1956): “Derecho Penal. Parte General.” (Buenos Aires, Roque DePalma Editor), p. 56.

<sup>70</sup> HEINRICH JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2014): “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Tomo I (Lima, Instituto Pacífico S.A.), p. 389.

<sup>71</sup> Para mayor profundidad: HEINRICH JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2014): “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Tomo I (Lima, Instituto Pacífico S.A.), p. 390. Y también MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 33.

<sup>72</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 253

ofrecer cobijo a intereses colectivos emergentes, fruto de determinadas conquistas sociales (derechos de los trabajadores, medio ambiente). En cualquier caso, la política-criminal y las opciones por una mayor o menor intervención punitiva, dependen de planteamientos estrictamente ideológicos<sup>73</sup>.

En estos casos el legislador, al tipificar los delitos de peligro, –en opinión de Politoff, Matus y Ramírez– regula los deberes de cuidado<sup>74</sup> y cuando no es así (porque no puede identificar sus límites) sanciona la producción imprudente de situaciones con resultado perjudiciales y no deseados. Por lo mismo es necesario comprender la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro. Y dentro de los delitos de peligro, diferenciar entre peligro concreto y abstracto, dado que a través del tiempo los últimos se han vuelto protagonistas al momento de intervenir penalmente ante los riesgos modernos y los nuevos valores o intereses sociales.

## **2. La distinción entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto**

Teniendo clara la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro, es pertinente exponer la distinción entre los tipos de delitos de peligro. Estos son, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 253.

<sup>74</sup> Para mayor profundidad respecto de cómo se regulan los deberes de cuidado: POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J.P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2003): “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general.” 2da Edición, (Santiago, Editorial Jurídica), p. 210.

<sup>75</sup> Con todo, podemos encontrar autores que más bien prefieren diferenciar solo entre delitos de lesión y delitos de peligro en nuestro sistema penal chileno. Así, Matus y Ramírez expusieron en su Manual de Derecho Penal Chileno que: “Según nuestra monografista en la materia, estos estados de cosas que deben probarse pueden caracterizarse, en términos generales, como la creación de un “estado de incontabilidad” resultado de la conducta del agente (Vargas T., Delitos de peligro, 393). Desde este punto de vista se puede rechazar el argumento de que tales delitos entrañarían presunciones de derecho no admitidas por la Constitución, pues ni ésta ni los tratados internacionales en materia de derechos humanos exigen que la descripción de los delitos contemple un resultado equivalente a una lesión a un bien jurídico personal o colectivo, pero sí la prueba del contenido de la acusación, esto es, de la existencia del hecho punible con todas sus características particulares, entre ellas, la creación del peligro o “estado de incontabilidad” que se pretende evitar. De allí que las diferentes clasificaciones de los delitos de peligro existentes carezcan de mayor sentido en nuestro sistema, pues aunque el delito se califique de “peligro abstracto”, “hipotético”, “acumulación”, “preparación”, “intención”, “aptitud” o “idoneidad”, siempre se debe interpretar en el sentido de exigir la prueba de su peligrosidad según lo previsto en el tipo penal correspondiente, sea ésta, “concreta” o al menos

## 2.1. Delitos de peligro concreto

Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto el peligro es siempre una característica de la conducta *ex ante*, vale decir, exigiendo que no se excluya previamente todo peligro.

La principal diferencia, para buena parte de la doctrina, es que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado<sup>76</sup>. El peligro concreto supone un resultado de puesta en peligro separado espacial y temporalmente de la acción del autor<sup>77</sup>. En los delitos de peligro concreto se tipifica un comportamiento antijurídico que es peligroso para el objeto protegido por el Derecho y, en consecuencia, es acreedor de una pena cuando el autor produce una situación en la cual, a consecuencia de la acción peligrosa, la producción o no producción del daño depende solamente del azar<sup>78</sup>.

Claus Roxin entiende que los delitos de peligro concreto requieren que en el caso dado se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo<sup>79</sup>. Se diferencian con los delitos de lesión en que en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Es decir, debe haberse creado un concreto "peligro de resultado" –en el sentido de un riesgo de lesión–, y que este no esté permitido. Aquel peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior, la cual es hecha por el juez<sup>80</sup>.

---

“general” MATUS ACUÑA, J. P. , RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2da ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 318-319.

<sup>76</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p. 239.

<sup>77</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 328.

<sup>78</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46º edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

<sup>79</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 403.

<sup>80</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 403.

Roxin ejemplifica los delitos de peligro concreto con el caso de un sujeto que adelanta en una calle de doble vía en una curva, momento en el que del otro lado viene un camión que en el último momento alcanza a esquivarlo antes de chocar<sup>81</sup>. En ese caso hay un resultado de peligro concreto, dado que el hecho de que no se produjera el accidente es fruto solamente del azar. En ese sentido, el tipo se cumple cuando se realiza la conducta peligrosa concreta que se describe y solamente será sancionado si el juez verifica el resultado de peligro<sup>82</sup>.

Hans-Joachim Hirsch, al hablar de los delitos de peligro concreto, entiende que el peligro debe consistir en que la producción de lesión aparezca como probable en las concretas circunstancias que concurren en el momento dado, a posteriori desde la perspectiva ex ante<sup>83</sup>.

En esa misma línea, Mir Puig<sup>84</sup> describe a los delitos de peligro concreto como un tipo que requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión, es decir, que la acción haya estado *a punto de causar una lesión* a un bien jurídico determinado.

Un ejemplo de delito de peligro concreto que está en nuestra legislación, para Etcheberry, es el artículo 313 D del Código Penal, el cual prohíbe el expendio de sustancias medicinales peligrosas<sup>85</sup>. El artículo prescribe que:

“[E]l que fabricare o a sabiendas expendiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que *sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas*, será penado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales.”.

---

<sup>81</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 403.

<sup>82</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46º edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

<sup>83</sup> HIRSCH, H. (1996): “Peligro y peligrosidad”, en: Anuario de Derecho Penal y ciencias penales (49, 2) p. 511.

<sup>84</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p. 240.

<sup>85</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1997): “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo IV (Santiago, editorial Jurídica de Chile), p. 287.

En este delito el autor expone que la conducta punible consiste en fabricar o, a sabiendas, expender sustancias medicinales peligrosas para la salud. La peligrosidad para la salud debe ser comprobada de hecho; se trata, por lo tanto, de un peligro concreto que no se presume. Y aquel peligro debe consistir en una nocividad de la sustancia o en un menoscabo de sus propiedades curativas<sup>86</sup>. En ese entendido, pareciese ser que el peligro concreto para Etcheberry está en la característica propia de la sustancia<sup>87</sup>.

Por otro lado, un ejemplo de peligro concreto más claro es el artículo 496 N°26 del Código Penal que sanciona al que tire piedras u otros objetos arrojados en parajes públicos, *con riesgo de los transeúntes*, o lo hiciere a las casas o edificios, *en perjuicio de los mismos o con peligro de las personas*. Ahí se exige un resultado de peligro respecto de los transeúntes.

Se concluye, por lo tanto, dos presupuestos o requisitos para determinar cuándo se está frente a un delito de peligro concreto. Primero, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro. Segundo, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción<sup>88</sup>. Así, el hecho de que no se haya lesionado del bien jurídico debe ser consecuencia del puro azar.

Con todo, existe discusión en la doctrina sobre cómo saber o cuándo se establece que hay un “peligro próximo”. Al ser esta probabilidad una aseveración hecha por el juez, Roxin estima que éste último solo podría valerse de sus máximas de experiencia, por lo que no podría ser un criterio objetivo<sup>89</sup>. El mismo autor explica que Horn funda la “teoría científico-natural del resultado de peligro” la cual acepta la existencia de un peligro concreto cuando, según las leyes causales conocidas, las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto

---

<sup>86</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1997): “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo IV (Santiago, editorial Jurídica de Chile), p. 287.

<sup>87</sup> Sin embargo, el hecho de que se deba verificar que la sustancia sea peligrosa para la salud, se condice más con los delitos de idoneidad, categoría delictiva que abordaremos en la sección 3.

<sup>88</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 403.

<sup>89</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 404.

de la acción, pero que aquella lesión no se produjo solo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales. Por lo tanto, el hecho de que se no se produjere la lesión es simplemente por “milagro”<sup>90</sup>.

Sin embargo, Roxin se adhiere a Schünemann y a la “teoría normativa del resultado de peligro”. Aquí se entiende que existe un peligro concreto cuando el resultado lesivo no se produce solo por casualidad. No obstante, aclara lo que se entiende por casualidad, siendo esta una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. De esa manera, las causas “milagrosas” que se basan en una destreza extraordinaria del amenazado no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto<sup>91</sup>.

Según Von Hirsch y Wohlers, en el caso de los delitos de peligro abstracto, los indicios de la peligrosidad están fijados en la ley misma, mientras que en los delitos de peligro concreto el advenimiento, como elemento del tipo, debe ser comprobado por el juez<sup>92</sup>.

## **2.2. Delitos de peligro abstracto**

Los delitos de peligro abstracto son aquellos delitos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella. Son delitos de mera actividad cuyo merecimiento de pena descansa sobre la *peligrosidad general* de la acción típica para determinados bienes jurídicos<sup>93</sup>. Sin embargo, hay ciertos autores como Barbero Santos que sostienen que los delitos de peligro abstracto pueden ser tanto de resultando como de mera actividad<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 404

<sup>91</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 405

<sup>92</sup> VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 283.

<sup>93</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 327.

<sup>94</sup> BARBERO SANTOS, M. (1973): “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en: Anuario de Derecho y ciencias penales, (26,3), p. 490. Así, explica que: “Los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado. Los primeros se consuman por el simple movimiento corporal del agente. Los segundos exigen la producción de un resultado externo, es decir, una modificación del mundo exterior, que, por describirse en el tipo, está jurídicamente delimitada.

En los delitos de peligro abstracto la generación del peligro no pertenece al tipo – a diferencia de los delitos de peligro concreto–, sino que al comportamiento correspondiente le es típicamente propia la producción de un peligro concreto<sup>95</sup>.

En los delitos de peligro abstracto no se exige un resultado concreto de proximidad a una lesión de un bien jurídico, cosa que sí sucede en los delitos de peligro concreto. En el tipo de peligro abstracto basta la peligrosidad de la conducta, y esta peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano<sup>96</sup>. El castigo es independiente del riesgo producido en el caso individual pues la peligrosidad pertenece a la acción típica<sup>97</sup>.

Precisamente la categoría de los delitos de peligro abstracto no es sino una categoría “aglutinadora” en la que se agrupan todos aquellos tipos no calificables como delitos de lesión o de peligro concreto. El desinterés por un análisis diferenciado de los delitos de peligro abstracto equivale al desinterés, igual de extendido, por encontrar una legitimación material convincente de dichos tipos<sup>98</sup>.

Para Frisch, en los delitos de peligro abstracto ciertamente está ausente todo desvalor del resultado en cuanto lesión del bien jurídico o en cuanto puesta en peligro concreto del mismo. Sin embargo, el injusto de la acción puede, también aquí, ser tan significativo que permita legitimar la imposición de una pena con vista de su importancia en comparación con las

---

En algunas ocasiones el simple movimiento corporal constituye un peligro de destrucción o menoscabo, esto es, un peligro de lesión de un bien jurídico; en otras le confiere este carácter la concurrencia de un elemento de los que se denominan subjetivos del tipo. Lo mismo ocurre respecto de los delitos de peligro abstracto de resultado. Unas veces este resultado constituye por sí mismo un peligro de lesión de un bien jurídico, otras le confieren ese carácter la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo”.

<sup>95</sup> HEINRICH JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2014): “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Tomo I (Lima, Instituto Pacífico S.A.), p. 283.

<sup>96</sup> VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 288.

<sup>97</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 253.

<sup>98</sup> VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 288.

acciones que comportan la producción de la lesión del bien jurídico o su amenaza<sup>99</sup>. Ello es así, en todo caso, para aquellas conductas cuya ejecución –de forma *ex ante*– es una cuestión de mera casualidad el que se lleguen a producir lesiones relevantes de bienes jurídicos importantes –en particular, de bienes individuales– que puedan implicar su destrucción<sup>100</sup>.

Como ya vimos anteriormente, para Mendoza Buergo<sup>101</sup>, existen dos grandes teorías *formales tradicionales* que fundamentan los delitos de peligro abstracto. Por un lado, *la teoría del peligro como motivo del legislador* y, por el otro, *la teoría de la presunción del peligro*.

Según Wessels, Beulke y Satzger, los delitos de peligro abstracto se basan en la presunción de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección, lo que *motiva al legislador* a sancionar ese tipo de conductas. Sin embargo, aquí la peligrosidad de la acción no es un elemento del tipo, solo es el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo tal que el juez no tiene que probar que en el caso concreto se haya producido o no un peligro<sup>102</sup>.

Roxin también se une a esta teoría pues entiende que los delitos de peligro abstracto son 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. Así, ejemplifica con el delito de incendio de un edificio –en la legislación alemana–, cuyo efecto de daños ya está abarcado por el § 305, y se castiga en el § 306 como delito grave con una pena especialmente elevada, porque el legislador

---

<sup>99</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 334.

<sup>100</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 335.

<sup>101</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 80.

<sup>102</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46ª edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

quiere *prevenir* los peligros para vidas humanas que pueden surgir del incendio. Pero el tenor literal del precepto se cumple también, aunque en el caso concreto estuviera excluida una amenaza para la vida<sup>103</sup>.

A diferencia de todos los anteriores, Rodríguez Mourullo<sup>104</sup> se adhiere a la teoría de la *presunción del peligro* y establece que la ley presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones entraña la creación de un peligro, y no permite la prueba en contrario, es decir, probar de que en el caso concreto no se produjo tal riesgo.

En esa misma línea, Mir Puig entiende que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo. Solo serían delitos de peligro en el sentido de que la *razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro*<sup>105</sup>. En este caso se deduce que ciertas conductas normalmente suponen un peligro y el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto estaría en no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (peligro estadístico)<sup>106</sup>.

Cury Urzúa explica que, para algunos autores, los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque, a su respecto, el legislador ha creado una presunción *iuris et de iure* de que a la ejecución de la acción se sigue la creación de la situación insegura. Este punto de vista conduciría a una consagración de una pena por la mera desobediencia<sup>107</sup>. Con todo, este autor estima que aquella interpretación es poco aconsejable.

---

<sup>103</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 407.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “Derecho Penal. Parte General” (Madrid, Editorial Civitas S.A.) p. 280.

<sup>105</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9° ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p. 239.

<sup>106</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9° ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p. 241.

<sup>107</sup> CURY URZÚA, E. (2005): Derecho Penal. Parte General. 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), pp. 292-293.

Un ejemplo dentro de esta categoría es el delito contenido en el art. 379 CP español, que castiga la conducción de un vehículo “bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”<sup>108</sup>. Aquí el delito se consuma con la simple conducción, por ejemplo, en estado de ebriedad. La doctrina señala que, en estos casos, no es necesario probar ni la lesión ni el peligro a la seguridad del tráfico, con lo cual se establece una presunción de peligro para el bien jurídico que no admitiría prueba en contrario, denominada *iure et de iure* –al menos, así lo piensa Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée<sup>109</sup>–.

Maldonado hace también una distinción entre el peligro concreto y el peligro abstracto en cuanto a peligrosidad y peligro. Explica que en relación con los delitos que fundan su mérito en la puesta en peligro de un bien jurídico, se hace necesario distinguir primariamente y de manera clara “la peligrosidad de la conducta” del “peligro” que ésta puede generar como efecto separado de la misma, esto es, como resultado. En el primer caso estaríamos frente a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto, o más precisamente, “delitos de peligrosidad”, como técnica formal de descripción de mera actividad (o de aptitud), mientras que en el segundo estaríamos en presencia de delitos de resultado de peligro o delitos de peligro concreto, en la terminología tradicional. La lesividad para el bien jurídico, en ambos casos, debe ser valorada o si se prefiere, debe resultar afirmada o sustentada, sobre la base de los elementos contenidos en las descripciones típicas o extraídos de ellos<sup>110</sup>.

### **3. La distinción entre delitos de peligro abstracto propiamente tales y delitos de idoneidad**

Como hemos visto, los delitos de peligro son objeto de diversas discusiones, pero sobre todo lo son los de peligro abstracto. Por ello, es necesario revisar brevemente los problemas a los

---

<sup>108</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 43.

<sup>109</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 44.

<sup>110</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 33.

que se ha enfrentado esta categoría delictiva y las subclasificaciones que la doctrina agrega al delito de peligro abstracto para remendar los problemas que se le atribuyen a este tipo. En especial, la distinción entre los delitos de peligro abstracto propiamente tales o *stricto sensu* y los de aptitud o idoneidad.

### 3.1. Problemas a los que se enfrentan los delitos de peligro abstracto

Respecto de la evolución del Derecho Penal, Silva Sánchez ha sostenido que los bienes jurídicos de carácter universal o colectivo propios de los tipos delictivos modernos –por ejemplo, los delitos medioambientales–, sólo se podrían formular de un modo vago e impreciso, lo cual daría lugar a la disolución del concepto mismo de bien jurídico y una preferencia por los delitos de peligro abstracto. Aquello no sería conforme a los principios de lesividad y de protección subsidiaria de bienes jurídicos, adoptándose el modo de razonar propio del derecho administrativo sancionador, en el sentido de criminalizar hechos individuales que carecen de lesividad *e incluso de peligrosidad general*. Sustentando su penalización en los efectos que la acumulación, fenómeno que denominó como la *administrativización del Derecho*<sup>111</sup>.

En ese mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez han dicho que al tener este tipo de delitos una referencia de bienes jurídicos vagos e imprecisos –ya que no son mencionados en el tipo<sup>112</sup>–, el delito de peligro abstracto pierde la “*visibilidad del mal*” y pasa a una especie de *refuerzo del Derecho Administrativo*<sup>113</sup>. Por su parte, Bustos Rubio también sostiene que se puede ver en el Derecho Penal *moderno* aún más la *administrativización* del Derecho Penal<sup>114</sup>. Para Cury Urzúa, la ampliación del Derecho Penal al terreno de la puesta en peligro

---

<sup>111</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008): “La expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales” 3ª ed. (Montevideo, BdeF), pp. 4, 64 a 110 y 131 y ss.

<sup>112</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 60

<sup>113</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J.P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2003): “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general.” 2da Edición, (Santiago, Editorial Jurídica), p. 69

<sup>114</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 295.

no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprehensibles<sup>115</sup>. Por lo tanto, con los delitos de peligro abstracto, se castigarían puras desobediencias, sin importar si realmente hubo un efectivo peligro o no<sup>116</sup>.

En razón con lo anterior y la problemática en torno a la falta –a veces– de peligrosidad general en los delitos modernos, una de las discusiones más recurrentes que se ha generado en la doctrina respecto de los delitos de peligro abstracto es el sentido de castigar una conducta cuyo peligro es inexistente *ex ante*<sup>117</sup>. Se cuestiona si debería aceptarse prueba de que, por ejemplo, en un caso concreto no podría haber existido peligro alguno ni siquiera de forma abstracta<sup>118</sup>, es decir, cuando la conducta que supone un peligro en el caso concreto tal peligro es inexistente desde el primer momento<sup>119</sup>. En esa misma línea, si la relevancia penal de la conducta proviene de la peligrosidad<sup>120</sup>, deja de tener sentido castigar aquel comportamiento precisamente si en ningún caso es posible que afecte al bien jurídico<sup>121</sup>. De ser así, el tipo de

---

<sup>115</sup> CURY URZÚA, E. (2005): Derecho Penal. Parte General. 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 59.p. 60.

<sup>116</sup> CURY URZÚA, E. (2005): Derecho Penal. Parte General. 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 59.

<sup>117</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 50

<sup>118</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J.P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2003): “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general.” 2da Edición, (Santiago, Editorial Jurídica), p. 211

<sup>119</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p 240

<sup>120</sup> MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p 241

<sup>121</sup> Con todo, podemos encontrar autores como Mir Puig que consideran importante justamente esa característica de los delitos de peligro abstracto: “Lo que no podría admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se pruebe que a posteriori no resultó peligro concreto. Admitir esto borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto al exigir sólo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión. Pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (peligro esta dístico). Así, el conducir embriagado en principio ha de prohibirse siempre sin necesidad de que resulte inminente una lesión, pues de lo contrario muchos conducirían en este estado confiando en que en su caso no iba a producirse tal resultado.” MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor). p. 241.

peligro abstracto resultaría en un castigo a la mera desobediencia, generando un conflicto con el principio de lesividad o *nulla poena sine iniuria*<sup>122</sup>.

Así, las críticas y problemas que generan los delitos de peligro abstracto también incorporan el principio de culpabilidad<sup>123</sup>, la prohibición constitucional de las presunciones de derecho en materia penal<sup>124</sup>, el principio de proporcionalidad<sup>125</sup>, el principio de subsidiariedad<sup>126</sup>, el principio de ofensividad<sup>127</sup>, entre otros<sup>128</sup>. Discusiones que analizaremos con profundidad más adelante<sup>129</sup>, ya que lo importante en esta sección no es profundizar en sus críticas, sino en la intención por parte de la doctrina para, de cierta forma, *reparar* los delitos de peligro abstracto.

Existen muchas propuestas dentro de la doctrina para subclasificar tipos de peligro abstracto. Vargas Pinto hace un profundo análisis de varias posturas dentro de la doctrina en su libro sobre los delitos de peligro abstracto y resultado. Podemos encontrar una evolución de las tesis acerca de los tipos de peligro abstracto. Así, existen delitos de peligro abstracto-concreto –como un tipo intermedio entre peligro abstracto y concreto–, delitos de aptitud, delitos de peligrosidad, delitos de peligro hipotético, delitos de peligro abstracto «puros», «propios» o

---

<sup>122</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J.P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2003): “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general.” 2da Edición, (Santiago, Editorial Jurídica), p. 211

<sup>123</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008): “Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, en: *Ius et Praxis*, 14(1), Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>, p. 34.

<sup>124</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J.P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2003): “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general.” 2da Edición, (Santiago, Editorial Jurídica), p. 211

<sup>125</sup> FUENTES CUBILLOS, H. (2008): “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en: *Revista Ius Et Praxis*, (14,2), p. 17.

<sup>126</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho penal y criminología* (2,10). p. 55

<sup>127</sup> CABEZAS CABEZAS, C. (2013): “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en: *Revista de derecho (Coquimbo)* (20,2). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>

<sup>128</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 109.

<sup>129</sup> Discusiones que analizaremos en el capítulo dos de esta investigación.

«impropios»<sup>130</sup>, delitos de peligro abstracto stricto sensu, etc. En especial, se profundizará respecto de los delitos peligro abstracto propiamente tales y los delitos de aptitud como unas de las subcategorías más importantes sostenidas por la doctrina.

### 3.2. Delitos de peligro abstracto propiamente tales

Los delitos de peligro abstracto propiamente tales son aquellos en los que el legislador considera su peligrosidad como concurrente en una determinada conducta por su sola realización objetiva, sobre la base de una valoración estadística, afirmando por ello que su sola ejecución genera un grave riesgo de afectación de bienes jurídicos<sup>131</sup>.

La subcategoría de delito de peligro abstracto propiamente tales es diversa en cuanto a su denominación. Así, es reconocida por varios autores: Bascuñán Rodríguez habla de ellos como delitos de peligro abstracto *stricto sensu*<sup>132</sup>; Maldonado Fuentes como delitos de peligro *presunto* precisamente porque se los sanciona en tanto se *presume* el peligro en base a consideraciones estadísticas generales, con independencia de que la presunción se confirme en el caso concreto<sup>133</sup>; Kuhlen los diferencia de los delitos de aptitud explicando que los *tradicionales* delitos de peligro abstracto son aquellos en los que el juzgador puede afirmar la tipicidad sin efectuar un juicio propio de peligrosidad<sup>134</sup>; Morales Prats también distingue entre delitos peligro abstracto *stricto sensu* de los delitos de peligro hipotético<sup>135</sup>, entre otros.

---

<sup>130</sup> VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), pp. 281-282.

<sup>131</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 44.

<sup>132</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2008): “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, en: Estudios Públicos (110), p. 30. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291676>

<sup>133</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), pp. 44-45.

<sup>134</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 227.

<sup>135</sup> MORALES PRATS, F. (1997): “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro”, en: Valle Muñiz, J. M.<sup>a</sup> (coord.), Protección jurídica del medio ambiente, (Pamplona, Ed. Aranzadi), p. 245.

Roxin hace un breve análisis sobre ciertos problemas que han surgido sobre los delitos de peligro abstracto en torno a ciertos principios del Derecho Penal, en especial, el principio de culpabilidad. Así, reconoce de cierta forma esta subcategoría como una clase de peligro abstracto que ayuda a poner en concordancia los delitos de peligro abstracto con aquel principio. Piensa que lo más convincente es la idea desarrollada sobre todo por Horn y Brehm, de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes –o sea, de un "peligro de resultado" sin necesidad de un "resultado de peligro"–, de tal manera que los delitos de peligro abstracto representarían entonces tipos de imprudencia sin consecuencias. Siguiendo con su análisis, explica que Schönemann ha modificado ese punto de partida –como tipos de imprudencia sin consecuencia– en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente –en su caso incluso inidónea–. Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro<sup>136</sup>.

Un ejemplo de delito de peligro abstracto propiamente tal es el delito de incendios del artículo 476 N°3 del Código Penal. Aquí no es necesario verificar nada más que la realización de la conducta típica, esto es, al que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas de aquellas definidas en la ley N°20.283. Esta sería la diferencia principal con los delitos de idoneidad. En éstos últimos (a modo de situación hipotética), si es que se hubiese configurado como delito de idoneidad el artículo anterior, se tendría que verificar que al menos existía una *peligrosidad efectiva* de poner en peligro al bien jurídico, pues éste debería suponer la idoneidad, aptitud o tendencia de una acción para lesionar<sup>137</sup>. Por ejemplo, si conducía en una zona rural apartada en el que no había habitantes alrededor de 50 kilómetros, poca o nula *peligrosidad* existiría ahí.

---

<sup>136</sup> ROXIN, C. (1997): "Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito." 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) pp. 407.408.

<sup>137</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9) p. 65.

Dentro de la jurisprudencia chilena pueden encontrarse ciertas sentencias –de una postura minoritaria– en las que se sostiene que el artículo 318 del Código Penal corresponde a un delito de peligro abstracto propiamente tal, pues no se requeriría comprobar el estado de salud del agente que transgrede la norma<sup>138</sup>. La Corte de Apelaciones de Talca ha dicho en ese sentido:

“Noveno: Que inmersos en el análisis que se viene realizando, tampoco puede equívocarse que bajo el concepto de “Salud Pública”, necesariamente subyace entre otros, el bien jurídico más importante que debe proteger todo ordenamiento jurídico, cual es la vida de las personas y que se resguarda con medidas restrictivas de libertad ambulatoria. De lo que se sigue que *en los delitos de peligro abstracto no se requiere constatar el riesgo de la vulneración del bien jurídico que se encuentra tutelado ya que la peligrosidad se infiere por la ley, no siendo necesario que las personas estén en un peligro inminente, desde que la mera exposición por sí sola constituye un peligro, que es el que trata de evitar, cumpliéndose con la conducta típica si se infringen normas sanitarias y generales.*

Décimo: Que, entonces, en los delitos de peligro abstracto, como el de autos [artículo 318 del Código Penal], *no se requiere comprobar la lesión ni la exposición al riesgo del bien jurídico cautelado, pues el objetivo del tipo penal es proteger la salud pública*<sup>139</sup>”. (Énfasis añadido)

---

<sup>138</sup> Con todo, esta postura es muy discutida dentro de la doctrina. Véase RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, G. (2020): “Alcances del artículo 318 del Código Penal”, Revista de la Justicia Penal, (N°14), pp. 69-86; y también en MAÑALICH RAFFO, J.P. (2021): Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en: LONDOÑO, F., MALDONADO, F., MAÑALICH, J.P. “Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis” (Santiago, Thomson Reuters), pp. 127-237.

<sup>139</sup> Corte de Apelaciones de Talca, 16 de febrero de 2021, Rol N°1178-2020. En contra de esta postura encontramos la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 18 de agosto de 2022, Rol N°52743-2021 la cual afirma: “El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento al considerar que se comete un delito al infringir las reglas higiénicas o de salubridad, pues como se viene diciendo, *debe ponerse en riesgo la salud pública con tal infracción, o sea, debe darse una aproximación a la lesividad contemplada en la norma, alguna exposición siquiera hipotética, y no a una sola constatación formal de haberse infringido una orden administrativa.*”

Por consiguiente, puede concluirse que los delitos de peligro abstracto propiamente tales serían aquellos en que se castiga la mera ejecución de la conducta típica<sup>140</sup>. Aquello, aunque no haya una conducta idónea para configurar una situación de peligrosidad<sup>141</sup>.

### 3.3. Delitos de idoneidad

Dentro de la doctrina, podemos encontrar varias denominaciones para los delitos de aptitud<sup>142</sup> tales como: delitos de idoneidad<sup>143</sup>; delitos de peligro abstracto-concreto<sup>144</sup>; delitos de peligro hipotético<sup>145</sup>, etc.<sup>146</sup>. Se ha recurrido a la configuración de este tipo de delitos para resolver los problemas de legalidad y de estándares constitucionales que se requieren en la intervención penal<sup>147</sup>.

Podemos encontrar la definición de los delitos de aptitud en Wessels, Beulke y Satzger, quienes lo denominan *delitos de peligro potencial*. Entienden que en un subgrupo de los

---

<sup>140</sup> CURY URZÚA, E. (2005): Derecho Penal. Parte General. 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 59.

<sup>141</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 44.

<sup>142</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>143</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 49.

<sup>144</sup> Denominación hecha por Schröder, como término intermedio entre delito de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Propuesta que explica Vargas Pinto en su libro sobre delitos de peligro abstracto. VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), pp. 264-265.

<sup>145</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 828.

<sup>146</sup> Aun así, cada propuesta varía levemente de la otra en cuanto a su definición. Sin embargo, hay autores que las utilizan como sinónimos o como términos que, a causa de la evolución del Derecho Penal, han ido evolucionando y cambiando de nombre. VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), pp. 281-282.

<sup>147</sup> GAEDE, K. (2007): “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 280.

delitos de peligro abstracto se tiene a los denominados “delitos de peligro potencial” en los que, si bien no se produce ningún peligro concreto, la acción tiene que ser por lo menos *idónea* para la producción de un concreto peligro. En ese sentido, se habla también de *delitos de aptitud o de delitos de peligro abstractos-concretos*. Ejemplifican este tipo de delitos en la legislación alemana con los tipos de incitación al pueblo, según el § 130 I, III, que requieren que la declaración posea aptitud para la perturbación de la paz pública<sup>148</sup>.

Podemos encontrar autores como Cerezo Mir quien opina que, si bien ciertos penalistas consideran que estos delitos de aptitud para la producción de un daño podrían incluirse dentro de los delitos de peligro concreto, en sentido lato, en realidad estos delitos de aptitud para la producción de un daño son delitos de peligro abstracto<sup>149</sup>. En ese mismo sentido, autores chilenos como Mañalich Raffo están de acuerdo en tratar a los delitos de aptitud como una subcategoría de los delitos de peligro abstracto. Explica que su particularidad radica en que la constatación de la realización del tipo en cuestión exige la comprobación de que la erosión de una o más condiciones estandarizadas de seguridad heterónoma tuvo lugar en una situación en la cual, de haber sido azarosamente diferentes las circunstancias concomitantes, el bien jurídico habría quedado enfrentado, sin más, a un peligro concreto, y así a la contingencia no controlable de su eventual lesión<sup>150</sup>.

Por otro lado, hay otros autores como Kuhlen que proponen colocar los delitos de idoneidad dentro de la clasificación general, es decir, que se modifique la clasificación tripartita<sup>151</sup> – que distingue entre delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto – agregando categorías delictivas nuevas, tales como: los delitos de acumulación, delitos de idoneidad,

---

<sup>148</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 73.

<sup>149</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 48.

<sup>150</sup> MAÑALICH RAFFO, J. (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, en: Revista chilena de Derecho (48,2), pp. 95-96.

<sup>151</sup> En esta sección solo analizaremos los delitos de aptitud como propuesta de *otras categorías delictivas* diferentes a la clasificación partita. Los delitos de acumulación, preparación y de conducta serán analizados en el tercer capítulo.

delitos de preparación y delitos de conducta<sup>152</sup>. De la misma forma que los delitos de peligro abstracto propiamente tal, Kuhlen explica que los delitos de idoneidad tampoco exigen la creación de un peligro concreto. La diferencia principal que tienen con el peligro abstracto propiamente tal es que la conducta debe mostrar un incremento del riesgo de lesión respecto de la conducta atípica, pero aquí el juez debe comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta<sup>153</sup>.

Con todo, otros autores como Mendoza Buergo<sup>154</sup> y Frisch<sup>155</sup> proponen no incorporarlos como una cuarta categoría ni tampoco como una subcategoría, sino que reinterpretar todos los delitos de peligro abstracto como delitos de idoneidad o aptitud. Según Mendoza Buergo, puede decirse que la exigencia de una peligrosidad *ex ante* de la concreta conducta como característica de cierto grupo de tipos —de aptitud o idoneidad, de peligro hipotético o de peligrosidad concreta— encuadrables en principio en la categoría de los delitos de peligro abstracto, se ha planteado como elemento que bien puede «agregarse» legislativamente a los delitos de peligro abstracto puro para así enriquecerlos, transformándolos y *eliminando* en una perspectiva *lege ferenda* el tipo de *peligro abstracto puro como técnica de tipificación de conductas penalmente relevantes*. O bien, yendo un paso más lejos, como criterio que puede exigirse interpretativamente de *todo delito de peligro abstracto* para eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración *ex ante*.<sup>156</sup>

Maldonado Fuentes precisa una diferencia en torno a la *peligrosidad* y el *peligro* respecto de los delitos de aptitud. Los delitos de idoneidad se tratarían de formulaciones típicas que

---

<sup>152</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>153</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 227.

<sup>154</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9) p. 67.

<sup>155</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 335.

<sup>156</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9) p. 66.

requieren la afirmación de la *peligrosidad de la conducta en concreto*, es decir, su *idoneidad lesiva*. No obstante, este tipo de delitos no exige que en la conducta se haya expresado en una *peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico*, esto es, en un resultado de peligro. Se exige una *conducta idónea de peligrosidad*, más no un *peligro*<sup>157</sup>. De esta forma, la peligrosidad se determinaría en base a la teoría objetiva predominante, esto es, en base a un juicio *ex ante de un observador imparcial situado en concreto*. Este observador debería tener el mismo nivel de conocimiento objetivo y subjetivo del autor<sup>158</sup>.

Cerezo Mir profundiza un poco más en el concepto diciendo que en los delitos de aptitud el juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. Para que pueda hablarse de un resultado de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable<sup>159</sup>.

Como adelantamos en la sección anterior sobre los delitos de peligro abstracto propiamente tales, dentro de la jurisprudencia chilena existen sentencias contradictorias en cuanto a la naturaleza del artículo 318 del Código Penal<sup>160</sup>. La Corte Suprema en el año 2021 acogió el recurso de nulidad de la defensa, quienes habían sido indicados como autores del delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal por ser sorprendidos en la ciudad de Iquique caminando en toque de queda el 16 de octubre de 2020<sup>161</sup>. Ante esa situación sentenció que:

---

<sup>157</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 49.

<sup>158</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 49.

<sup>159</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 49.

<sup>160</sup> Existe discusión en torno a si este artículo es un delito de peligro abstracto propiamente tal o es un delito de aptitud. La jurisprudencia ha fallado a favor de ambas categorías, aunque la postura de mayor alcance es que son delitos de aptitud.

<sup>161</sup> Corte Suprema, 23 de Abril del 2021. Rol 131.966-2020.

“Los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público *no acreditó la exigencia de una generación de riesgo* y, la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo-reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, *no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública...*”

En definitiva, en los delitos de idoneidad se trata de constatar si la acción concreta era portadora de la *idoneidad lesiva* relevante, según el fin de protección de la norma vulnerada, para determinar si el peligro *ex ante* es de los que el fin de protección o el alcance del tipo pretende abarcar<sup>162</sup>. Por lo mismo se falla como se hizo en el caso anterior, porque si no se puede acreditar la exigencia de peligro contenida en la norma, no se tiene una infracción al delito de idoneidad o de aptitud.

En esa misma línea –de que el artículo 318 CP es un delito de aptitud– Rodríguez González sostiene que esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. De esta forma, mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha «idoneidad» un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente<sup>163</sup>.

Con todo, el aumento del uso de los delitos de peligro abstracto y las problemáticas que han surgido en cuanto a su concepto y contenido, no han podido ser solucionadas con la configuración de subcategorías de peligro abstracto tales como los delitos de aptitud. Más bien, la tarea se ha hecho aún más compleja.

---

<sup>162</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9) p. 80.

<sup>163</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, G. (2020): “Alcances del artículo 318 del Código Penal”, Revista de la Justicia Penal, (Nº14), pp.80-84.

## CAPÍTULO 2: EL ALCANCE DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

En la presente sección se ahondará en el alcance de los delitos de peligro abstracto. Lo anterior es preciso ya que para poder responder a la pregunta de investigación de *si los delitos de peligro abstracto abarcan todas las conductas punibles que no supongan una lesión o una puesta en peligro concreto al bien jurídico*, es necesario mencionar los fundamentos tradicionales de criminalización de ellos, sus críticas y los nuevos intentos de legitimación relativos a esta clase de delitos.

Como vimos en el apartado anterior, los delitos de peligro abstracto son delitos que normalmente se definen de forma negativa, esto es, como aquellos que no contemplan una lesión o un peligro concreto al bien jurídico protegido. Se castiga solo la peligrosidad de la conducta, sin que se exija el acaecimiento de un riesgo concreto para el bien jurídico o que la conducta peligrosa “coincida” o “se encuentre” con el objeto en peligro<sup>164</sup>.

Dado que esta categoría se define de forma residual, el problema que se genera es una gran indeterminación de contenido. Por tanto, antes de profundizar en propuestas de categorías delictivas que no coinciden con la definición de peligro abstracto, debemos precisar el contenido de aquel, y determinar sus límites.

Así, para entender el alcance de esta categoría delictiva en este capítulo se revisarán, en primer lugar, los fundamentos tradicionales para la criminalización de este tipo de delito, siendo uno de esos la teoría de la presunción del peligro, y el otro la teoría del peligro como motivo del legislador. Luego, se verán las críticas se hacen a los delitos de peligro abstracto, específicamente revisando apreciaciones que hace la doctrina respecto de los principios de culpabilidad y lesividad. Por último, se examinarán los nuevos intentos de legitimación de los delitos de peligro abstracto, estudiando posturas que proponen un contenido más preciso al tradicional e imponen límites que ayudan a responder si actualmente es una categoría

---

<sup>164</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 55.

delictiva capaz de abarcar nuevos tipos de delitos o no. Esto será la base para el capítulo tres, donde se revisará qué categorías delictivas no podrían ser comprendidas bajo el concepto de delito de peligro abstracto.

## **1. Fundamento tradicional de criminalización y del injusto de los delitos de peligro abstracto**

Hemos podido establecer que en el moderno Derecho Penal los delitos de peligro abstracto están en aumento, entendiéndolo que se debe a la necesidad de anticipar la barrera de protección penal de los bienes jurídicos en una sociedad caracterizada por un notable incremento de riesgos para los mismos<sup>165</sup>. Por lo mismo, no deja de ser importante revisar los fundamentos tradicionales para su criminalización, dado que son estos mismos los que debemos tener como base para comprender con mayor profundidad esta categoría delictiva y, como consecuencia, algunas de sus críticas.

Los modelos de fundamento de criminalización de los delitos de peligro abstracto que expone Mendoza Buergo se dividen en dos grandes teorías formales tradicionales<sup>166</sup>. Por un lado, la teoría de la presunción del peligro y, por el otro, la teoría del peligro como motivo del legislador

### **1.1. Teoría de la presunción del peligro**

La teoría de la presunción parte desde una base simple, según la cual el peligro es, con frecuencia, difícil de probar<sup>167</sup>. Por ello, en los delitos de peligro abstracto el legislador se ve en la obligación de presumir de derecho que la acción es peligrosa, sin posibilidad de prueba

---

<sup>165</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 60.

<sup>166</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, p. 299.

<sup>167</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 36.

en contrario<sup>168</sup>. En otras palabras, a través de *una presunción de carácter general* establecida por el legislador, es posible afirmar que el comportamiento típico implica en todo caso un peligro<sup>169</sup>.

Esta teoría fue frecuentemente sostenida en el pasado en Alemania. Con todo, hoy está prácticamente superada o mantenida, si acaso, de forma minoritaria. También fue predominante hasta hace algunos años en el Derecho español e italiano<sup>170</sup>.

A diferencia de la teoría del peligro como motivo del legislador, la cual veremos más adelante<sup>171</sup>, la teoría de la presunción del peligro exige una efectiva afectación del bien jurídico en el caso concreto, pues de lo contrario se estaría castigando la mera desobediencia, sin considerar los efectos de la conducta en el bien jurídico. Para cumplir con tal exigencia, la doctrina se basa en una *presunción de que la conducta concreta afecta el bien jurídico*.

Así lo explica Bustos Rubio, diciendo que, en ocasiones, y dependiendo del autor al que se acuda, tal presunción puede venir referida a la producción de un peligro a través de la realización de la acción típica, o por el contrario referirse exclusivamente a la peligrosidad de la propia acción típica. En su construcción original se trataría, además, de una presunción *iuris et de iure*, toda vez que no es posible hacer prueba en contrario de tal presunción cuando el legislador ha configurado así el tipo penal<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: *Revista de Derecho penal y criminología* (2,9), p. 46.

<sup>169</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (70,1) p. 298.

<sup>170</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (70,1) p. 298.

Con todo, se puede aun encontrar autores que parecen sostener esta teoría, tales como: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “Derecho Penal. Parte General” (Madrid, Editorial Civitas S.A.) p. 280.

<sup>171</sup> Véase en la sección 1.2.

<sup>172</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (70,1) p. 298.

En la misma línea, Mendoza Buergo agrega que se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no en particular del hecho que finalmente se imputa. En este caso ello opera a través de una presunción de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el típico implica, en todo caso, la producción de un peligro o, en otras versiones, al menos la peligrosidad de la propia acción típica. Según la versión tradicional de esta teoría, la presunción legal sería *iuris et de iure*, puesto que no se admitiría prueba alguna en el sentido de que no hubo peligro en el caso concreto. Solo posteriormente, como propuesta limitadora de tal regla sin excepción, se ha sostenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, rebatible en el proceso<sup>173</sup>.

Sin embargo, Rodríguez Mourullo sostuvo algo distinto, pues para él en los “mal llamados” delitos de peligro abstracto no se genera un peligro meramente abstracto, sino que el legislador presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones origina un riesgo o peligro, castigándose la conducta en todo caso, tanto si el peligro se produce en el supuesto concreto como si no<sup>174</sup>. Por eso, dice el mismo autor, no hay que hablar de delitos de peligro abstracto, sino de *delitos de peligro presunto*, donde la ley presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones entraña la creación de un peligro, y que no permite la prueba de que en el caso concreto no se produjo tal riesgo<sup>175</sup>.

Dado que la presunción legal generó críticas, una propuesta que se hizo fue que se presumiera el peligro siempre y cuando no se demostrara lo contrario. De esta manera, para superar las objeciones frente al establecimiento de presunciones de Derecho en materia penal, un sector de la doctrina planteó que debía admitirse una “prueba en contrario de la falta de peligrosidad” de la conducta, de modo tal que el autor pudiera eximirse de responsabilidad estableciéndose así una presunción simplemente legal de la peligrosidad<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 46.

<sup>174</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “Derecho Penal. Parte General” (Madrid, Editorial Civitas S.A.). p. 279.

<sup>175</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “Derecho Penal. Parte General” (Madrid, Editorial Civitas S.A.). p. 280.

<sup>176</sup> Citando a SCHRÖDER, H.: TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67-94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 75.

Así lo explica Cerezo Mir quien señala que un sector de la moderna Ciencia del Derecho Penal alemán y español sugería que se admitiera la prueba de que en el caso concreto no se produjo el peligro del bien jurídico. Debiendo considerarse, de acuerdo con esta corriente doctrinal, que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro<sup>177</sup>.

A pesar de ello, en contra de aquella propuesta se hicieron dos críticas principales. Primero, que al hacer esta “modificación” de *iuris et de iure* a una *iuris tantum*<sup>178</sup>, el autor del delito tendría, como consecuencia, la carga de probar la falta de peligrosidad de su conducta<sup>179</sup>, esto es, deberá probar su inocencia, lo que quebrantaría abiertamente la presunción de inocencia<sup>180</sup>. Segundo, se estarían convirtiendo a los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto<sup>181</sup>, pasando por alto la voluntad legislativa, pues de alguna forma se tendría que demostrar que hubo un resultado de puesta en peligro separado espacial y temporalmente de la acción del autor<sup>182</sup>.

Lo anterior también lo explica Cerezo Mir, diciendo que se ha objetado la propuesta de admitir la prueba de que en el caso concreto no se produjo el peligro del bien jurídico, porque si el procesado corre con la carga de la prueba se infringiría el principio *in dubio pro-reo*, siempre que no lograra probar la ausencia de peligro. Si se exige, en cambio, como hace

---

<sup>177</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 66.

<sup>178</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67-94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 92.

<sup>179</sup> CORIGLIANO, M. E. (2006): “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el Derecho Penal”, en: Revista internauta de práctica jurídica (1,18) p. 6.

<sup>180</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2003): “Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General.” 2º ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 211.

<sup>181</sup> NAVARRO FRÍAS, I. (2003): “Principio de legalidad y el llamado delito de colaboración con banda armada: la nueva amenaza de una cuestión jurídica no bien resuelta en la stc 136/1999”, en: Anales de la Facultad de Derecho (1,20), p. 116.

<sup>182</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67-94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 76.

Schröder, que sea el ministerio público o el juez los que corran con la carga de la prueba se introduce subrepticamente en el tipo la exigencia de un resultado de peligro. De este modo, se transformarían, en contra de la voluntad de la ley, en delitos de peligro concreto<sup>183</sup>.

Aun con estas críticas, el entendimiento de los delitos de peligro abstracto con fundamento en la teoría de la presunción del peligro se ha acuñado en algunas sentencias chilenas, las cuales podemos leer a continuación:

“Lo anterior lleva a concluir que esta atenuante resulta improcedente tratándose de delitos de peligro abstracto, como acontece en la especie, *pues en ilícitos de esta naturaleza es el legislador quien presume que ciertas conductas entrañan siempre peligro (...)*”<sup>184</sup>. (Énfasis añadido)

En tal situación no se acepta que en un caso particular pueda estar ausente la peligrosidad de la conducta o el peligro que ello supone para el bien jurídico de que se trate, pues precisamente el tipo está describiendo las condiciones necesarias para que nazca tal peligro, sin exigir, en el caso concreto, la puesta en peligro efectiva de un determinado bien jurídico<sup>185</sup>.

“(…) pues en los delitos de peligro abstracto, cuyo es el caso, para su comisión basta la realización de la conducta infractora, *siendo innecesario acreditar su peligrosidad pues precisamente se tipifica como delito porque aquello se supone en sí mismo por tratarse de una acción típicamente peligrosa*. Y siendo así, es irrelevante que se produzca o no el peligro concreto cuyo solo riesgo el legislador ha querido evitar”<sup>186</sup>. (Énfasis añadido)

---

<sup>183</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 67.

<sup>184</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2978-2012, 11 de diciembre 2012.

<sup>185</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 299.

<sup>186</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°164-2013, 15 de marzo 2013.

Se entiende, entonces, que la ley parte de una idea central, a saber, que en los delitos de peligro abstracto se produce siempre un peligro, y no se toma en cuenta si en el caso concreto se da la presencia de las personas u objetos que puedan ser puestos en peligro<sup>187</sup>.

De todas formas, hoy en día la tesis de los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro presunto es una teoría minoritaria<sup>188</sup>.

## 1.2. Teoría del peligro como motivo del legislador

En la teoría del peligro como motivo del legislador las prohibiciones y mandatos en los delitos de peligro abstracto se fundamentan en atención a que determinadas conductas pertenecen a cierto grupo de comportamientos que generalmente pueden afectar al objeto de protección y que, por eso, deben ser desaprobados. Aquí la peligrosidad de la conducta es el *motivo* del legislador para la creación del precepto<sup>189</sup>.

Cerezo Mir, se adhiere a esta teoría en su texto sobre los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, y define a esta categoría delictiva como aquella 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<sup>190</sup>.

Wessels, Beulke y Satzger agregan un elemento adicional respecto de la prueba de los delitos de peligro abstracto en el caso concreto<sup>191</sup>. Según estos autores, los delitos de peligro

---

<sup>187</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 47.

<sup>188</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 318.

<sup>189</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

<sup>190</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 47.

<sup>191</sup> WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.) p. 72.

abstracto se basan, por el contrario, en la presunción legal de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección. Aquí la peligrosidad de la acción no es un elemento del tipo, sino solo el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo tal que, por regla, el juez no tiene que comprobar que en el caso concreto se haya producido o no un peligro.

Por lo tanto, se entiende que en el caso concreto la conducta típica no está prohibida porque lesione o amenace un determinado bien, sino porque pertenece a una determinada clase de comportamientos que, con significativa frecuencia, traen como consecuencia típica ciertas afectaciones a bienes jurídicos.

Esta teoría se condice con la aseveración de que la peligrosidad no forma parte del tipo, pues no es un elemento integrante de la acción típica que deba ser comprobado por el juez si se tiene en cuenta que la peligrosidad general o frecuente de la conducta es solo *ratio legis*, es decir, el motivo para la creación del tipo penal<sup>192</sup>. Por lo tanto, el peligro es relevante en el plano de la incriminación primaria, esto es, en la creación del delito, y no en el plano de la incriminación secundaria, vale decir, la aplicación del tipo penal<sup>193</sup>.

Para Bustos Rubio, la peligrosidad sería la *ratio legis* que conduce al legislador a incriminar aquellas acciones que, de modo general y típicamente, lesionan bienes jurídicos. El comportamiento típico, según este entendimiento, no está prohibido porque de hecho venga a lesionar o a poner en efectivo peligro un bien jurídico, sino por pertenecer a una clase de comportamientos que generalmente (con una frecuencia relevante) tienen como consecuencia determinadas lesiones de bienes jurídicos. La peligrosidad aquí sería una característica de un grupo de acciones, no de la acción individual. La acción no se castiga por

---

<sup>192</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 55.

<sup>193</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 302.

ser peligrosa, sino porque regularmente muestra propiedades típicas que la caracterizan como peligrosa in genere<sup>194</sup>.

En el mismo sentido, Feijoo Sánchez describe que en los delitos de peligro abstracto la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas<sup>195</sup>.

En consecuencia, no es relevante si la conducta concreta es idónea para afectar un bien jurídico o si es peligrosa, pues la peligrosidad no es elemento del tipo. Solo importa que la conducta sea aquella descrita en el tipo, pues pertenece a una categoría de acciones que frecuentemente o en la generalidad de casos son peligrosas<sup>196</sup>.

Mendoza Buergo<sup>197</sup>, por su parte, también lo considera así:

“[E]l legislador al formular estos preceptos y tomar como base la peligrosidad típica o general de cierta clase de conductas, *no incluye en la formulación típica la característica del peligro ni como resultado ni como elemento integrante de la acción típica a comprobar por el Juez*. Con ello, y este es el paso decisivo en esta teoría, *la relevancia general para la lesión se eleva no ya, como es lógico, a razón o motivo de la prohibición, sino que más allá, alegando que el dato de la peligrosidad de la acción no está incluido expresamente en el tipo*, se abre paso a la consideración de que *la tipicidad y el propio injusto del hecho van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que la*

---

<sup>194</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 302.

<sup>195</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 311.

<sup>196</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 47.

<sup>197</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 48.

*concreta conducta tenga o no capacidad alguna para ser en sí misma peligrosa. La peligrosidad es, según la experiencia, característica de un grupo de acciones, pero no necesariamente de la acción individual que sólo se castiga porque pertenece a esa clase de acciones que generalmente, es decir, con una frecuencia relevante, conlleva determinadas consecuencias indeseables”.* (Énfasis añadido)

Lo anterior permite que con base a esta teoría se justifique la facilitación de la administración u organización de un ámbito vital<sup>198</sup>, eliminando de lo socialmente adecuado determinados riesgos debido al peligro general de que se produzcan resultados lesivos<sup>199</sup>.

En la jurisprudencia chilena se pueden encontrar sentencias en las que se fundamenta la criminalización de los delitos de peligro abstracto con la teoría del motivo del legislador. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el 2011 sostuvo que:

“Que, la doctrina ha definido los delitos de peligro abstracto como aquellos donde el *peligro se presupone como motivo establecido por el legislador y no aparece especialmente en el tipo*. Por lo tanto, el peligro no se encuentra en el tipo penal, solo queda comprobar la realización de la conducta como mera actividad, sin ninguna exigencia probatoria”<sup>200</sup>.

Como se puede apreciar, nuevamente se afirma que el peligro no forma parte del tipo, sino que es la razón para la creación de este. Además, se asevera que no requiere acción probatoria alguna en cuanto a si realmente se generó un peligro o no en el caso concreto.

En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló en el 2012:

“Que, ante esta última alegación resulta útil reiterar que los delitos de peligro abstracto están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el

---

<sup>198</sup> Sobre la organización de un ámbito vital se ahondará más en la sección 2.4.

<sup>199</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 48.

<sup>200</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°335-2011. 26 de abril 2011.

*legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación del peligro que se trata de evitar*<sup>201</sup>.

Aquí se entiende que en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro<sup>202</sup>.

Por último, en una sentencia más reciente del año 2021, la misma Corte de Apelaciones señaló lo siguiente:

“Estos [los delitos de peligro abstracto], a su vez, se clasifican en peligro abstracto y peligro concreto; siendo los primeros aquellos en que la conducta que cae dentro de la hipótesis dada por el legislador no requiere de la posibilidad de que efectivamente se cause un daño o una lesión a un bien jurídico protegido. En ellos la mera conducta realizada es ya peligrosa en sí misma, no siendo preciso probar riesgo alguno para el bien jurídico. *Si el legislador, atendida la naturaleza de una conducta y/o el contexto en que se realiza, la ha considerado portadora de un cierto grado de peligrosidad para la integridad o seguridad de un bien jurídico, es la razón por la que prohíbe, a no ser que se pruebe que, en el caso concreto, dicho índice de riesgo fue razonablemente excluido ex ante*<sup>203</sup> (Énfasis añadido).

En esta sentencia de octubre del 2021 se repite la idea de que los delitos de peligro abstracto no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°461-2012, 10 de octubre 2012.

<sup>202</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 336.

<sup>203</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°812-2021, 8 de octubre 2021.

<sup>204</sup> GARRIDO MONTT, M. (2003): “Derecho Penal. Parte general. Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ra ed.” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 253.

Esta teoría es la más aceptada hoy en día como fundamento de la criminalización y del injusto de los delitos de peligro abstracto<sup>205</sup>. Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, esta categoría delictiva sigue siendo objeto de críticas<sup>206</sup>.

### **1.3. Críticas a los delitos de peligro abstracto**

Si bien el fundamento de la criminalización de los delitos de peligro abstracto recae en las dos teorías anteriormente comentadas, el problema no se ha detenido solamente en determinar cuál es su fundamento. Paralelamente a aquello, la discusión que se ha generado es determinar el alcance de los delitos de peligro abstracto, puesto que el modo en que se ha conceptualizado esta categoría delictiva ha dado lugar a diversas críticas en cuanto a su concordancia con los principios del Derecho Penal.

En ese sentido, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée sostienen que, entre los numerosos problemas que presentan los delitos de peligro, sin duda, los más importantes son los interpretativos, más exactamente, los que se refieren a la *gravedad del peligro exigido para que intervenga el Derecho Penal*, sobre todo cuando una misma conducta está también sancionada en otro espacio jurídico distinto<sup>207</sup>. Explican que la doctrina ha sido extremadamente crítica con los delitos de peligro abstracto –a lo cual adhieren–. Dado que se ha sostenido que con estos delitos se está castigando una mera desobediencia, existiría simplemente una conducta anti normativa cuya peligrosidad se presume *iure et de iure*. Su fundamento residiría sólo en el desvalor de acto con plena prescindencia del desvalor de resultado. Luego, para Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, el problema sería que para su

---

<sup>205</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 303

<sup>206</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67-94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 68.

<sup>207</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 108.

consumación bastaría con la tipicidad y la comprobación de la ausencia de causas de justificación, siendo una clara vulneración del principio de lesividad<sup>208</sup>.

Llevando la discusión a los bienes jurídicos, Claus Roxin afirma que la ampliación del Derecho Penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de controversias, pues con su expansión se conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo *ex ante* y con bienes jurídicos protegidos cada vez más inaprehensibles, como lo son los bienes jurídicos supraindividuales<sup>209</sup>.

En la misma línea, podemos encontrar la apreciación de Bages Santacana. Para este autor, la distancia de los delitos de peligro abstracto respecto de la lesión de un interés individual ha llevado a algunas voces a cuestionar su legitimidad político-criminal. Y asimismo ha alentado una cierta propensión de los operadores jurídicos a incurrir en una interpretación formal de los mismos. En este orden de cosas, los dilemas que se plantean versan sobre si todos o algunos de los estigmas que acompañan la actual evolución del Derecho Penal son ciertos y, en su caso, si el arsenal tradicional de la dogmática jurídico-penal es adecuado para abordar satisfactoriamente los problemas de legitimidad que los delitos de peligro abstracto suscitan<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 109.

<sup>209</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 336.

<sup>210</sup> BAGES SANTACANA, J. (2018): “El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto” (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 122-123.

A causa de las razones mencionadas, se puede encontrar en la doctrina críticas en torno a al principio de legalidad<sup>211</sup>, lesividad<sup>212</sup>, proporcionalidad<sup>213</sup>, culpabilidad<sup>214</sup>, entre otras críticas<sup>215</sup>. Por lo mismo, siendo los delitos de peligro abstracto el foco de innumerables cuestionamientos, en esta sección nos concentraremos especialmente en exponer con brevedad los argumentos en torno a la infracción del principio de culpabilidad y al principio de lesividad.

### 1.3.1. Principio de culpabilidad

Como dijimos anteriormente, un sector de la doctrina – entre ellos Roxin<sup>216</sup>, Mendoza Buergo<sup>217</sup>, Rodríguez Montañés<sup>218</sup>, entre otros– considera que los delitos de peligro abstracto

---

<sup>211</sup> Véase; BARBERO SANTOS, M. (1973): “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en: Anuario de Derecho y ciencias penales, (26,3); MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales; CURY URZÚA, E. (2005): “Derecho Penal. Parte General.” 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

<sup>212</sup> Véase; MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7); BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1); BAGES SANTACANA, J, (2018): “El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto” (Valencia, Tirant lo Blanch); BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 43.

<sup>213</sup> FUENTES CUBILLOS, H. (2008): “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en: Revista Ius Et Praxis, (14,2).

<sup>214</sup> CABEZAS CABEZAS, C. (2013): “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en: Revista de derecho, Coquimbo, (20,2). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>

<sup>215</sup> Véase; MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, p. 307; CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). pp. 183 y ss.

<sup>216</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 406.

<sup>217</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, pp. 299-230.

<sup>218</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). pp. 249-250.

vulneran el principio de culpabilidad<sup>219</sup>. El problema que este sector expone es que, aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme e, incluso, de antemano quede excluida una peligrosidad superior a los riesgos generales de la vida<sup>220</sup>. Debido a lo anterior, se crítica que la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear las normas que reprochen ese tipo de conductas, pero no es suficiente para fundamentar la intervención del Derecho Penal mediante penas frente a un ciudadano concreto<sup>221</sup>. De esta manera, se entiende que el injusto criminal solo se justificaría cuando el autor, a través de su conducta, provoca un peligro real para el respectivo bien jurídico. Por lo tanto, la conducta que en realidad no es peligrosa no se ajustaría al paradigma del injusto tradicional. Si el autor está convencido, en el caso concreto, de la imposibilidad de que el bien jurídico sea puesto en peligro, no hay ningún reproche que pueda formularse<sup>222</sup>.

Para Mendoza Buergo, el existir una presunción o generalización del peligro para el interés protegido, existe una vulneración al principio de culpabilidad. Lo anterior dado que se está frente a una falta del injusto material, lo que daría lugar a una imposición de una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que se pueda hacer responsable al autor<sup>223</sup>.

A modo de ejemplo de cómo se infringe el principio de culpabilidad, Roxin expone lo siguiente:

---

<sup>219</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), pp. 319-320.

<sup>220</sup> BARRIENTOS PÉREZ, D. (2015): “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, en: Nuevo Foro Penal (84), p. 108.

<sup>221</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 10.

<sup>222</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), p. 11.

<sup>223</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, p. 299.

“Así el incendio de un edificio, cuyo efecto de daños ya está abarcado por el § 305, se castiga en el § 306 como delito grave con una pena especialmente elevada, porque el legislador quiere prevenir los peligros para vidas humanas que pueden surgir del incendio. Pero el tenor literal del precepto se cumple también, aunque en el caso concreto estuviera excluida una amenaza para la vida. *Esto puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad*. Así p.ej., ¿cómo se puede explicar la elevada pena del § 306 como provocada culpablemente si los peligros que quiere prevenir el precepto no se podían producir en absoluto? En cuanto a la solución de esa cuestión, como en general en cuanto a la penetración dogmática de los delitos de peligro abstracto, la discusión científica tampoco ha conducido aún a conclusiones reconocidas de modo general<sup>224</sup>”. (Énfasis añadido)

En un sentido similar, Rodríguez Montañés explica que dentro de la crítica que se formula a los delitos de peligro abstracto, es habitual aludir a la vulneración del principio de culpabilidad, y que, en ese sentido, pueden discernirse cuestiones referidas tanto al injusto como a la culpabilidad en sentido estricto, existiendo tres problemas principales<sup>225</sup>. El primer problema sería la relativa al principio de lesividad, en el sentido de que se vulneraría la exigencia de una real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material<sup>226</sup>. El segundo problema recaería en el hecho de que esa peligrosidad no sea abarcada por el dolo y la imprudencia, siendo irrelevante el error del autor sobre la misma. Aquello supondría una violación al principio de responsabilidad subjetiva, faltando también al desvalor subjetivo de la acción respecto de la peligrosidad fundamentadora del injusto<sup>227</sup>. Y, por último, el tercer problema dice relación con que los delitos de peligro abstracto no respetan el principio de culpabilidad, en la medida en que se imputa un peligro general o presunto no constatado en el caso concreto. A ello puede añadirse una cuarta acepción del

---

<sup>224</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 407

<sup>225</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 252.

<sup>226</sup> BAGES SANTACANA, J. (2018): “El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto” (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 123.

<sup>227</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 249.

principio de culpabilidad en sentido procesal, equivalente al principio *in dubio pro-reo* y al principio constitucional de presunción de inocencia<sup>228</sup>.

En una posición contraria está Cerezo Mir, quien no está de acuerdo con la supuesta infracción al principio. A su juicio, no cabe en los delitos de peligro abstracto una infracción del principio de culpabilidad, como estima Roxin y un sector de la moderna ciencia del Derecho Penal alemán. Al ser la culpabilidad la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica sólo habría una infracción indirecta del principio de culpabilidad, por falta del objeto de reproche, si en la conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material de injusto. Así, explica que la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sería cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no solo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*<sup>229</sup>.

### **1.3.2. Principio de lesividad**

En el tenor literal de los delitos de peligro abstracto no se encuentra ninguna referencia directa al bien jurídico y se critica que en ellos la conducta se castigue penalmente aun cuando en el caso concreto no sea posible en absoluto afectar el bien jurídico. La peligrosidad de la conducta es sólo el motivo de la incriminación, por lo tanto, la peligrosidad no tendría que demostrarse en el caso concreto.

Lo anterior justifica que existan delitos como el artículo 476 N°3 del Código Penal, en el cual se castiga al autor aun cuando objetivamente no se genere ninguna posibilidad de daño para la vida o salud. La disposición excluye derechamente la exigencia de peligro *ex ante* y más bien tipifica la mera desobediencia, esto es, la simple ejecución del comportamiento típico. Y esto podría ser para algunos autores más grave considerando la entidad de la pena impuesta por el tipo: su realización se castiga con presidio mayor en cualquiera de sus grados.

---

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 250.

<sup>229</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 65.

Otro ejemplo en el que ocurre lo anterior es el manejo en estado de ebriedad sin resultado, que encontramos en el artículo 196 inciso 1ro de la Ley de Tránsito, cometiéndose el delito incluso por quien conduce de noche por una calle totalmente vacía, sin posibilidad de dañar a nadie ni a nada. Lo anterior entraría –para algunos autores– en pugna con el principio de lesividad, pues el Derecho Penal solo se puede legitimar a través de la protección de bienes jurídicos<sup>230</sup>.

Respecto del principio de lesividad, Rodríguez Montañés expone como primera cuestión la exigencia de un contenido material o no meramente formal en el injusto, esto es, la necesaria referencia al bien jurídico. La autora entiende que, si se prescinde de la referencia a la peligrosidad o al peligro concreto y se castiga una conducta por su peligrosidad abstracta o general – sin serlo en el caso concreto–, se vulneraría la exigencia de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material. En consecuencia, en estos delitos, no existiría ni desvalor de resultado, ni desvalor objetivo de acción<sup>231</sup>.

Torío López se adhiere al sector de la doctrina que crítica los delitos de peligro abstracto, en el sentido de que el peligro para los bienes jurídicos sería un elemento contingente y no necesario en esta categoría delictiva. Aquello estaría en pugna con la exigencia del ataque a bienes jurídicos como presupuesto de la intervención del legislador penal<sup>232</sup>. Torío López coloca como premisa que el Derecho Penal es el medio de protección de los bienes jurídicos. Sostiene así que, si existe alguna duda sobre la existencia o no de un bien jurídico, el legislador debiese optar por la no intervención, respetando el principio *in dubio pro libertate*, estando a favor siempre del sentido más favorable para la existencia y garantía de un derecho fundamental<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> MATUS ACUÑA, J.P., RAMIREZ GUZMÁN, M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch) p. 318.

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 247.

<sup>232</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 826.

<sup>233</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 825.

En el caso de los delitos de peligro abstracto, su criterio se basa en la presunción de que todo comportamiento típico tiene relevancia lesiva<sup>234</sup>. Sin embargo, la crítica que se le hace a aquello es que los bienes jurídicos no necesitan protección frente a las conductas solo presuntamente lesivas<sup>235</sup>. Para Rodríguez Montañés, la abstracción no cambia el hecho de que la relevancia lesiva implícita sea hipotética, y no puede fundamentar la punición de las conductas no peligrosas en concreto, en las que la fuerza de la realidad destruye la presunción. Estaríamos ante una presunción irrefutable, fundamentadora del injusto, que actuaría «contra reo», prescindiendo de la imputación objetiva y subjetiva de la culpabilidad<sup>236</sup>.

Para Corcoy Bidasolo, la exigencia de lesividad como presupuesto de la sanción penal implica que la responsabilidad penal solo pueda legitimarse cuando exista lesión de un bien jurídico. Siendo así, está proscrito el intento de respaldar la creación de tipos penales aludiendo a bienes jurídicos difícilmente justificables. Quedando fuera la invención de bienes jurídicos ad-hoc, el análisis de una disposición de la Parte Especial implica, primero, determinar si realmente trata de proteger (indirectamente) un interés digno de ser resguardado por el Derecho Penal. Luego, en el caso concreto, la cuestión es simple; habrá que analizar si la infracción al deber de comportamiento reforzado con pena ha *afectado* el bien jurídico protegido<sup>237</sup>. Como consecuencia, lesividad no es lo mismo que daño material en sentido abstracto, sino afectación del específico bien jurídico protegido en el caso concreto<sup>238</sup>. No puede afirmarse que existan conductas que en abstracto sean siempre peligrosas puesto que

---

<sup>234</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 251.

<sup>235</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 406

<sup>236</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 251.

<sup>237</sup> En sentido similar, pero sin hacer referencia a la infracción de un deber de comportamiento, CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). pp. 218.

<sup>238</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). pp. 225.

la peligrosidad de una conducta depende no sólo de la modalidad de conducta sino, en concreto, de todas las circunstancias concurrentes en el caso que, en modo alguno, pueden ser previstas por el legislador<sup>239</sup>. Por lo tanto, el resultado en sentido jurídico, como lesión de un bien jurídico-penal imputable al peligro objetivo idóneo, en cuanto creador de un riesgo grave para un bien jurídico-penal, es una exigencia derivada del principio de lesividad y, en consecuencia, se ha de probar su concurrencia en todas las clases de tipos delictivos<sup>240</sup>.

A modo de ejemplo sobre la discusión del principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto, podemos encontrar jurisprudencia chilena al respecto. Así, la Corte Suprema<sup>241</sup>, en una sentencia del 25 de agosto del 2021, indica que:

“El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 318 del Código Penal.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, como pretende el persecutor, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que, si el principio de lesividad constituye una exigencia

---

<sup>239</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 34

<sup>240</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 136.

<sup>241</sup> Corte Suprema, tercera sala. Rol N°32.880-2021. 25 de agosto del 2021.

derivada del principio de protección de bienes jurídicos, *necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro* (Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

Es la citada proscripción constitucional la que demanda que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera efectivamente poner en riesgo la salud pública, como el caso en estudio; lo que conduce a descartar el reproche penal por meras contravenciones administrativas.” (Énfasis añadido)

Con una postura contraria, encontramos a Teradillos Basoco, quien sostiene que cuando no es necesario comprobar la puesta en peligro de una parcela o manifestación concreta del bien jurídico, el delito será de peligro abstracto. Lo que no implica que la conducta carezca de lesividad, pues el peligro *es real* y la conducta *es peligrosa*, aunque no se requiera la constatación en el caso concreto de que lo sea para un objeto (material o jurídico) individualizado<sup>242</sup>.

Queda establecido así un esbozo de lo que son las críticas a los delitos de peligro abstracto y por qué, en la siguiente sección, es necesario analizar las propuestas que se han hecho para intentar que esta categoría delictiva no esté en aparente contradicción con los principios de culpabilidad y lesividad.

## **2. Nuevos intentos de legitimación de los delitos de peligro abstracto**

De los delitos de peligro abstracto se deriva un deber directo e inmediato de evitar determinados comportamientos que el legislador, por su peligrosidad estadística, ha definido

---

<sup>242</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67 – 94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 73.

como hechos típicos<sup>243</sup>. Sin embargo, el desafío al que se ha enfrentado la doctrina es crear o configurar un concepto acotado de los delitos de peligro abstracto, que precise sus límites como instrumento de protección preventiva del bien jurídico. El problema es identificar hasta qué grado de abstracción o hasta qué graduación de peligro es permitido utilizar esta categoría delictiva, sin transgredir los diversos principios del Derecho Penal que ya hemos comentado. Existen numerosos intentos de legitimación dentro de la doctrina, pero en esta sección revisaremos solo tres de ellos.

### **2.1. Los delitos de peligro abstracto como una infracción del deber de cuidado**

Esta teoría es fundamentalmente sostenida por Horn, Brehm y Schünemann<sup>244</sup>. La propuesta postula la reconducción de los delitos de peligro abstracto a la imprudencia. Propone entender la peligrosidad abstracta como una infracción del deber de cuidado, sobre acciones descritas en los tipos que infringen el cuidado en relación con la producción de la lesión de un cierto bien jurídico, pero que son punibles con independencia de si la lesión del bien jurídico se produce de hecho o no<sup>245</sup>.

En esta teoría la infracción al deber objetivo de cuidado es entendida como requisito para establecer que la acción es apropiada para lesionar el bien jurídico<sup>246</sup>. Lo que hacen es prescindir de la constatación de un resultado, por entenderlo ausente en los delitos de peligro. Pero el criterio para determinar la punición viene dado por la trasgresión de estándares de comportamiento debidos que constituyen el ámbito de lo permitido y que sobrepasarlo fundamenta el riesgo desaprobado<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 325.

<sup>244</sup> Véase en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 281; HORN, Gefährungsdelikte, 1973, 22 s., 28.

<sup>245</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 281.

<sup>246</sup> CURY URZÚA, E. (2005): “Derecho Penal. Parte General.” 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). p. 293.

<sup>247</sup> BARRIENTOS PÉREZ, D. (2015): “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, en: Nuevo Foro Penal (84), p. 112.

Roxin considera que esta propuesta es adecuada, entendiendo que la propuesta más convincente es la idea, desarrollada sobre todo por Horn y Brehm, de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (o sea, de un “peligro de resultado” sin necesidad de un “resultado de peligro”), de tal manera que los delitos de peligro abstracto representarían entonces tipos de imprudencia sin consecuencias. Así, también explica el autor que Schünemann ha modificado ese punto de partida en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. Esta posición, para Roxin, se puede aprobar, pues lo que precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad<sup>248</sup>.

De esta manera, la acción no sería típica si el sujeto había adoptado medidas de cuidado o seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos. Los delitos de peligro abstracto serían conductas imprudentes sin resultado o, por así decirlo, tentativas imprudentes. En consecuencia, para Cerezo Mir las normas de los delitos de peligro abstracto y de los delitos imprudentes de resultado serían las mismas, vale decir, tendrían como fundamento la misma norma y los mismos deberes de cuidado<sup>249</sup>.

Sin embargo, Feijoo Sánchez hace una crítica a esta teoría<sup>250</sup>. Para este autor, a esta interpretación teleológica cabe objetarle que tampoco compagina muy bien con la intención técnica de los delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo es estandarizar al máximo ciertas

---

<sup>248</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 408.

<sup>249</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 68.

<sup>250</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 324.

conductas. Los delitos de peligro abstracto normalmente pretenden evitar precisamente que los ciudadanos decidan cuáles son las precauciones necesarias en cada caso concreto. Además, ese sector doctrinal – Brehm y Horn–, intenta enriquecer materialmente los delitos de peligro abstracto estableciendo una relación personal entre el autor y la lesión de bienes jurídicos individuales. Pero el deber de cuidado no puede ir referido a un resultado típico inexistente en los delitos de peligro abstracto. El objeto del dolo y de la imprudencia en los delitos de peligro abstracto no es un resultado lesivo sino los elementos típicos recogidos en el correspondiente tipo penal. Por ello sistemáticamente no es posible entender que estos delitos estén definidos legalmente como meras «tentativas imprudentes».

Por su parte, Corcoy Bidasolo, critica la propuesta de Schünemann diciendo que al concebir los delitos de peligro como tentativas imprudentes se excluye de antemano la posibilidad de distinguir entre delitos de peligro dolosos e imprudentes<sup>251</sup>.

## **2.2.La seguridad como un bien jurídico protegido por los delitos de peligro abstracto**

Esta teoría tiene como principal exponente a Urs Kindhäuser<sup>252</sup>. Plantea que, si el peligro o el riesgo es sinónimo de inseguridad o privación de condiciones de seguridad, los delitos de peligro se pueden definir también como delitos contra la seguridad de esos bienes que se ponen en peligro.

En esta teoría, los delitos de peligro abstracto consistirían en la abstracción de la seguridad como bien jurídico protegido o finalidad tuitiva de la norma<sup>253</sup>. De ahí que la seguridad como

---

<sup>251</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 41.

<sup>252</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 15.

<sup>253</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 16.

finalidad de la norma se entienda como una posibilidad de disposición sin peligro o sin preocupaciones de los bienes<sup>254</sup>.

Explica Feijoo Sánchez que no se trataría de satisfacer sentimientos o sensaciones subjetivas de seguridad o tranquilidad sino de proteger condiciones reales de seguridad para bienes jurídicos básicos<sup>255</sup>. Según el autor, el objeto de protección –según su interpretación de la postura de Kindhäuser– sería la posibilidad para una persona razonable de disponer de forma segura de bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de bienes”.

Para Corcoy Bidasolo, Kindhäuser entiende que en estos delitos se produce una lesión *sui generis*, consistente en el menoscabo de la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de forma segura. No atribuye un contenido de injusto propio a los delitos de peligro abstracto, por cuanto para él, en estos delitos la lesión del bien jurídico no es referente, sino que la única referencia es la seguridad en la libre disposición de los bienes individuales. Lo que implica equiparar la lesión de la seguridad a la efectiva peligrosidad de la conducta<sup>256</sup>.

Por otro lado, para Roxin, lo que hace Kindhäuser es tener como base que los delitos de peligro abstracto no existen para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar seguridad. Y aquella seguridad sería, como dijimos anteriormente, el estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente. Vale decir, la "legítima despreocupación al disponer de bienes"<sup>257</sup>.

Así, Roxin da el siguiente ejemplo:

---

<sup>254</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 218.

<sup>255</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 327.

<sup>256</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch). p. 219.

<sup>257</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 408.

“Según esto, p.ej. el § 306 N° 2 protege "la posibilidad de vivir en los espacios en cuestión sin temor a ser puesto en peligro por un incendio". Desde ese punto de vista, Kindhäuser no puede contentarse con reconducir la puesta en peligro abstracto a una infracción del cuidado debido. "La verdad es que una reducción de la seguridad a la precaución y actuación concienzuda al provocar el incendio apenas le proporcionará al habitante de un edificio... la deseada despreocupación"”<sup>258</sup>.

Sin embargo, Urs Kindhäuser<sup>259</sup> aclaró respecto de tu postura, en su texto “Estructura y legitimación de los delitos de peligro abstracto” lo siguiente:

“En ocasiones, mi concepción se entiende como si yo quisiera postular un súper-bien jurídico de la seguridad y transformar, de acuerdo con esto, los delitos de peligro en delitos de lesión. Sin embargo, en mi concepción, la seguridad es solamente un criterio para el valor que tiene la utilización racional de un bien. Por tanto, no se amplía el alcance de los bienes jurídicos, sino que solamente se amplían las posibilidades de menoscabo de los bienes jurídicos(...) [Q]uiero mostrar solamente las condiciones bajo las cuales los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto se pueden entender, más allá del ingenuo paradigma de la agresión, como menoscabos específicos y, con ello, como un injusto autónomo”<sup>260</sup>.

En consecuencia, como explica Kindhäuser, no es que considere que en los delitos de peligro abstracto se proteja otro bien jurídico, esto es, la seguridad, sino que distingue tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos, la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las

---

<sup>258</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2° ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 409.

<sup>259</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 15.

<sup>260</sup> KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>, p. 16.

“condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes”.

Sin embargo, Cerezo Mir<sup>261</sup> critica esto pues para él, el daño sui generis no se distingue, a su juicio, del desvalor de la acción, consistente en la realización de una acción que generalmente pone en peligro el bien jurídico protegido.

Por su parte, Zabel crítica que el argumento específico de la norma vinculado a la seguridad, tal como lo entiende Kindhäuser, da motivo al recurso de la peligrosidad para legitimar la valoración ético social del injusto. En pocas palabras: la seguridad justifica la finalidad de la norma. Sin embargo, esta interpretación de los delitos de peligro abstracto no puede ocultar el hecho de que el contexto de imputación del hecho se ha estrechado tanto que debe ser remplazado, o al menos redefinido, por una equiparación dinámica de intereses, por un establecimiento de expectativas de seguridad general, decisiones de pronóstico y potenciales temores de inseguridad<sup>262</sup>.

Por último, otra crítica importante la hace Mendoza Buergo, diciendo que, al eludirse a la ausencia de lesividad de la acción individual por la vía de entender que el peligro abstracto no afecta a la integridad del bien, sino a la posibilidad de su utilización sin preocupaciones y que siempre que se lleva a cabo el comportamiento típico se produce la perturbación o menoscabo de las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes, se da lugar a una fundamentación formal y circular de estos delitos: la lesión de la seguridad se identifica, en última instancia, con el mero incumplimiento de la regla, del estándar tipificado<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 64.

<sup>262</sup> ZABEL, B. (2018): “¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad”, en: Revista para el Análisis del Derecho (Nº1). Disponible en: <https://indret.com/del-hecho-al-conflicto-sobre-el-cambio-de-funcion-del-derecho-penal-de-culpabilidad/>, p. 11.

<sup>263</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 51.

### 2.3. La reinterpretación de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de idoneidad

Otra propuesta dogmática importante, es la teoría que propone la reinterpretación de los delitos de peligro abstracto como delitos hipotéticos<sup>264</sup>, de idoneidad<sup>265</sup> o de aptitud<sup>266</sup>. Dentro de lo que postulan esta teoría encontramos principalmente a Torío López<sup>267</sup>, Mendoza Buergo<sup>268</sup>, Teradillos Basoco<sup>269</sup>, entre otros.

En principio, pareciese que el problema y la inconveniencia de los delitos de peligro radica en que su abstracción máxima podría conducir a la punición de conductas que no suponen materialmente un injusto penal en el caso concreto<sup>270</sup>. Además, la graduación de peligro que se exige puede ser de lo más variado, dado que no se establece un límite<sup>271</sup>.

Barbero Santos explica que a la dogmática moderna le preocupa la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad. La incongruencia podría producirse si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el

---

<sup>264</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 825

<sup>265</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 68.

<sup>266</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 320.

<sup>267</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 831.

<sup>268</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 66

<sup>269</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67 – 94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p. 93.

<sup>270</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 320.

<sup>271</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 315.

peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de este. Si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse ciertamente de conducta peligrosa<sup>272</sup>.

Bajo este contexto, Roxin también ha afirmado que la ampliación del Derecho Penal al terreno de la puesta en peligro ha conducido a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprensibles<sup>273</sup>. Según la explicación de Roxin:

“Frisch aboga por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por “delitos de aptitud”, que acentúan la concreta aptitud *ex ante* de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar. Esta es una concepción tendencialmente digna de aprobación, pero que ya se puede realizar ampliamente conforme al Derecho vigente si se hace depender la punibilidad de los delitos de peligro abstracto de la “imprudencia sin consecuencias” anteriormente descrita<sup>274</sup>”.

Un intento similar es el que hace Torío López<sup>275</sup>, que propone exigir que los delitos de peligro abstracto se caractericen como de delitos de peligro hipotético, esto es, de posible peligro para un bien jurídico. En esta situación, la peligrosidad de la acción se vería desde un punto de vista *ex ante*, además de la comprobación *ex post* por el juez de la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico. Además, este autor descarta en su propuesta los delitos de peligro abstracto que consistan principalmente en violaciones a la ética social, religión o infracciones administrativas<sup>276</sup>. Sin embargo, considera que es relevante la estructura típica de peligro abstracto para algunos casos, siempre que se realice una reinterpretación de estos

---

<sup>272</sup> BARBERO SANTOS, M. (1973): “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en: Anuario de Derecho y ciencias penales, (26,3), p. 493.

<sup>273</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 60.

<sup>274</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) p. 408.

<sup>275</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 832.

<sup>276</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 68.

con el objeto de dotarlos de contenido material<sup>277</sup>. Señala Torío López que en los delitos de peligro abstracto se intenta conseguir la mayor coincidencia posible entre el concepto formal –delito es la acción penada por ley– y material del delito –delito es la acción peligrosa para bienes jurídicos fundamentales, reprochable personalmente a su autor–<sup>278</sup>.

En una línea similar, Mendoza Buergo propone exigir la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*<sup>279</sup>; es decir, que en el momento de la realización de la acción aparezca como probable, aunque no se trate de una probabilidad matemática, la producción de la lesión del bien jurídico<sup>280</sup>.

Así, la misma autora sostiene que:

“En suma, puede decirse que la exigencia de una peligrosidad *ex ante* de la concreta conducta como característica de cierto grupo de tipos —de aptitud o idoneidad, de peligro hipotético o de peligrosidad concreta— encuadrables en principio en la categoría de los delitos de peligro abstracto, se ha planteado como elemento que bien puede «agregarse» legislativamente a los delitos de peligro abstracto puro para así enriquecerlos, transformándolos y eliminando en una perspectiva *lege ferenda* el tipo de peligro abstracto puro como técnica de tipificación de conductas penalmente relevantes, o bien, yendo un paso más lejos, como criterio que puede exigirse interpretativamente de todo delito de peligro abstracto para eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración *ex ante*”<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> MANGIAFICO FREIRE, D., ÁLVAREZ DOYLE, D. (2017): “Sociedad del Riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina”, en: Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, (33). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6318035> p. 19

<sup>278</sup> TORIO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p.827.

<sup>279</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 60.

<sup>280</sup> CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10). p. 70.

<sup>281</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 66.

A diferencia de Torío López, lo que hace Mendoza Buergo es evitar que en los delitos de peligro abstracto se penalice la mera desobediencia a la norma, sin atención al contenido material del injusto<sup>282</sup>. Para lograr esa finalidad, Mendoza Buergo recurre a la teoría de la imputación objetiva –en vez de a la teoría de la causalidad adecuada–, considerando que esta no solo puede ser aplicada a los delitos de lesión sino también a los delitos de peligro.

Con todo, esta propuesta dogmática no está exenta de críticas. Feijoo Sánchez señala que la problemática de los delitos de peligro abstracto no se puede resolver con una propuesta genérica y simplificadora. En otras palabras, convertir a todos los delitos de peligro abstracto en delitos de idoneidad, hipotéticos o abstracto-concreto, no sería una solución, sino que un escape fácil a la problemática<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto” (Granada, Ed. Comares) p. 440. Señala la autora que “para la determinación del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto *no basta con la coincidencia formal entre la acción real y la escrita en el tipo sino que también es necesario –al igual que en los demás delitos– la exigencia de una determinada relevancia típica de la conducta*”. (Enfasis añadido) Además, agrega que “ello supone partir de la afirmación de que, en una perspectiva material, la acción coincidente con la descrita típicamente ha de ser, además, generalmente peligrosa para algún bien jurídico: típica es únicamente la acción peligrosa para el bien jurídico”.

<sup>283</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. (Madrid, Civitas), p. 315.

### CAPÍTULO 3: NUEVAS CATEGORÍAS DELICTIVAS

Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones en esta investigación, existe una clasificación de los delitos según su afectación al bien jurídico<sup>284</sup>, siendo estos los delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto.<sup>285</sup> Explica Lothar Kuhlen que esta tripartición se relaciona a cierto merecimiento de pena, según la afectación que produzca la conducta. Así, la lesión de un concreto bien jurídico supone un *injusto mayor* que su puesta en peligro, y su concreta puesta en peligro es a su vez más merecedora de pena que la puesta en peligro abstracto<sup>286</sup>. En otras palabras, esta tripartición anuncia que hay tres grados en los que se puede afectar o amenazar al bien jurídico, la lesión siendo una afectación más “grave” que la puesta en peligro y, dentro de estos, la puesta en peligro concreta siendo una afectación más “grave” que la abstracta. Aquello nos permite concluir que cualquier tipo penal regulado dentro de nuestro sistema, que pretenda ser susceptible de justificación, debe caer dentro de alguna de estas tres categorías delictivas, siendo el delito de peligro abstracto la categoría que supone, dentro de los tres, un *injusto menor* de afectación que los otros dos tipos.

Sin embargo, como se podido adelantar en las secciones anteriores, existen tipos penales que no pareciesen, en principio, poder ser incluidos en alguna de estas tres categorías, pero que de forma *residual* –según dicen algunos autores, como cajón de sastre<sup>287</sup>– se colocan dentro

---

<sup>284</sup> ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas) pp. 335-336.

<sup>285</sup> Recordar que Matus y Ramírez, discrepan en la distinción de tipos de delitos de peligro. “De allí que las diferentes clasificaciones de los delitos de peligro existentes carezcan de mayor sentido en nuestro sistema, pues aunque el delito se califique de “peligro abstracto”, “hipotético”, “acumulación”, “preparación”, “intención”, “aptitud” o “idoneidad”, siempre se debe interpretar en el sentido de exigir la prueba de su peligrosidad según lo previsto en el tipo penal correspondiente, sea ésta, “concreta” o al menos “general” MATUS ACUÑA, J., RAMÍREZ GUZMÁN, M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2da ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 318-319.

<sup>286</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo” (Barcelona, Atelier), p. 225.

<sup>287</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67 – 94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, p.94.

de la categoría de delitos de peligro abstracto<sup>288</sup>. Lo que nos lleva a una pregunta fundamental para el desarrollo de este capítulo y del análisis posterior en la sección de conclusiones: ¿Es realmente la clasificación sobre la afectación del bien jurídico *exhaustiva*? Es decir, ¿se agotan todas las maneras en las que se puede afectar o amenazar al bien jurídico protegido bajo esta clasificación?

Para Lothar Kuhlen, convencionalmente se había entendido que esta clasificación era *concluyente*<sup>289</sup>. Y, de lo anterior, se seguían dos conclusiones:

- (i) Normativamente, significa que no es legítimo crear tipos penales *más allá del peligro abstracto*.
- (ii) Analíticamente, significa que todos los tipos penales susceptibles de justificación *han de poder incluirse* dentro de esta clasificación tripartita, vale decir, como una lesión o una puesta en peligro concreta o abstracta del bien jurídico protegido.

Sin embargo —afirma Kuhlen—, aquella afirmación está actualmente rechazada<sup>290</sup>. Y, sobre este punto, la discusión ha gravitado alrededor de los delitos de peligro abstracto. Al ser esta una categoría delictiva que se define residualmente ha servido como una fuente demasiado extensiva de punibilidad, provocándose en el Derecho una creciente proliferación de delitos de peligro abstracto<sup>291</sup>, considerándola como una técnica legislativa idónea para incorporar formas de criminalidad asociadas con «*riesgos generales*»,<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi) pp. 18-20.

<sup>289</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo” (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>290</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo” (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>291</sup> SCHÜNEMANN, B. (1996): “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, (vol. XLIX) pp. 199 y 200.

<sup>292</sup> VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), p. 23.

Así lo explica también Hirsch, entendiendo que la situación ha resultado más confusa teniendo en cuenta que, en las últimas décadas, han proliferado los tipos «de peligro» concreto y abstracto, y también ha contribuido últimamente el desarrollo expansivo del Derecho de contravenciones<sup>293</sup>.

En el Derecho Penal moderno, como consecuencia de los nuevos riesgos que amenazan a – también *nuevos*– bienes jurídicos<sup>294</sup>, al concepto de delitos de peligro abstracto se le ha atribuido conductas que se alejan cada vez más de lo que se define como una puesta en peligro abstracta. Aquello solo hace que se dificulte aún más el intento dogmático de esclarecer los límites de estos delitos<sup>295</sup>.

Aunque el alcance y límites de esta categoría delictiva aún no es asunto zanjado<sup>296</sup>, parece haber consenso<sup>297</sup> en que actualmente los delitos de peligro abstracto no pueden seguir utilizándose como cajón de sastre para proteger cualquier bien jurídico que nazca de la sociedad actual<sup>298</sup>. Proceder de esa manera no solo atenta contra el rigor dogmático, sino que su consecuencia práctica –según ciertos autores<sup>299</sup>– es que se estaría desafiando los límites

---

<sup>293</sup> HIRSCH, H. (1996): “Peligro y peligrosidad”, en: Anuario de Derecho Penal y ciencias penales (49, 2) p. 510.

<sup>294</sup> VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), pp. 24-25.

<sup>295</sup> VARGAS PINTO, T. (2014): “Peligro, peligrosidad y previsibilidad: Una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, en: Revista de Ciencias Penales Sexta Época, (Vol. XLI, N°3), p. 165.

<sup>296</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. (2003): “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico: Bases político-criminales”, En: Revista de Derecho Penal y Criminología (2,11), p. 98.

<sup>297</sup> HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc> , p. 7.

<sup>298</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo” (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>299</sup> MATUS ACUÑA, J.P., RAMÍREZ GUZMÁN, M.C.; CASTILLO SÁNCHEZ, M. (2018): “Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”. en: Política Criminal (Vol. 13, N° 26), pp.792-793. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992018000200771&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000200771&lng=es&nrm=iso)

al *ius puniendi* y, consiguientemente, pone en tela de juicio la legitimidad y varios principios del Derecho penal de los Estados democráticos<sup>300</sup>, cuestión que ya vimos en el capítulo dos.

Sobre las características de la sociedad actual, que conlleva dichos nuevos riesgos, Corcoy Bidasolo agrega no puede desconocerse que la aparición de nuevos riesgos derivados de la sociedad tecnológica, por un lado, y del complejo sistema socioeconómico actual, por otro, requieren nuevos mecanismos de protección por parte del ordenamiento jurídico, en general, y del ordenamiento jurídico-penal, en particular<sup>301</sup>.

Este pasaje nos guía al objeto de estudio del presente capítulo: las insuficiencias de los delitos de peligro abstracto en la protección de bienes jurídicos supraindividuales y, en consecuencia, determinar qué nuevas categorías delictivas presentan problemas hoy en día para ser denominadas delitos de peligro abstracto.

De esta forma, se analizará cuáles son los verdaderos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, posteriormente, se analizará nuevos tipos de delitos que no son susceptibles de incorporarse a la categoría de delitos de peligro abstracto<sup>302</sup>, a saber, los delitos acumulativos, los delitos de preparación y los delitos de conducta<sup>303</sup>.

## **1. La protección de bienes jurídicos supraindividuales**

Al estudiar los delitos de peligro abstracto, además de analizar propuestas legitimadoras hechas por la doctrina entorno a su alcance, es necesario revisar sus insuficiencias e

---

<sup>300</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos” (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 20-21.

<sup>301</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos” (Valencia, Tirant Lo Blanch), p. 24.

<sup>302</sup> Se vio anteriormente en el capítulo 1 (sección 3.3.) los delitos de idoneidad en específico. Kuhlen también incorpora a los delitos de idoneidad como otra categoría delictiva diferente a los delitos de peligro abstracto. Por esa razón, no se volverá a analizar esa categoría delictiva aquí.

<sup>303</sup> Por supuesto, dentro de esta investigación solo nos enfocaremos en estos delitos brevemente. Lo que no quita que pueden existir otros delitos no nombrados aquí que también produzcan discusiones doctrinarias al ser incorporados a la categoría de delitos de peligro abstracto.

identificar las cuestiones problemáticas que surgen alrededor de esta categoría delictiva. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée explican agudamente la cuestión:

“[E]s necesario destacar que en el Derecho Penal actual se observa una tendencia a tipificar las nuevas formas de criminalidad en cuya base ya no están los bienes jurídicos tradicionales, como vida, salud o libertad individual, en definitiva, micro sociales, sino macrosociales, como el medio ambiente, la salud pública, las condiciones de seguridad en el trabajo. La necesidad de protección de estas relaciones macrosociales partiría de la constatación de que, si bien es cierto que los avances científicos y técnicos han traído mayores cuotas de bienestar, también han acarreado mayores situaciones de riesgo para los bienes jurídicos micro sociales que sin duda son básicos para la existencia del sistema social<sup>304</sup>”.

Las problemáticas que surgen en la sociedad contemporánea se caracterizan por estar íntimamente vinculadas con el constante avance tecnológico, esto es, la globalización. Y esta globalización genera como consecuencia un aumento de los riesgos y un considerable incremento de los deberes de cuidado<sup>305</sup>. Lo anterior causa efectos no menores, pues el aumento de los riesgos conlleva a un incremento en la preocupación de la sociedad de proteger ámbitos que tradicionalmente eran ajenos a la esfera del Derecho Penal, ámbitos que, en definitiva, antes no parecían relevantes proteger<sup>306</sup>.

La preocupación de la sociedad en proteger nuevos ámbitos, para Bogado y Ferrari produce una expansión y ensanchamiento del Derecho Penal. Consecuencia del intento de controlar la sensación de inseguridad que se produce en la sociedad. Para lo cual se recurre al uso de técnicas tipificadoras tales como los delitos de peligro. La complejidad de los nuevos tipos

---

<sup>304</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), p. 110.

<sup>305</sup> BOGADO, M., FERRARI, D. (2009): “Sociedad de riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético” En: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE) Disponible en: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20091005\\_02.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf) , p. 1.

<sup>306</sup> VARGAS PINTO, T. (2014): “Peligro, peligrosidad y previsibilidad: Una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, en: Revista de Ciencias Penales Sexta Época, (Vol. XLI, N°3), pp. 165-166.

ocasiona que los bienes jurídicos tradicionales, como están concebidos, se tornen obsoletos. Frente a ello el legislador optaría por fusionar los intereses de bienes jurídicos individuales, originando los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que tienden a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico<sup>307</sup>.

Por lo tanto, es sostenible afirmar que la evolución a lo que es el Derecho Penal moderno ha traído distintos resultados, entre ellos, el surgimiento de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso<sup>308</sup>. Y lo anterior genera un uso indiscriminado de la categoría de delitos de peligro abstracto<sup>309</sup>. Con todo, es importante mencionar que las razones para el uso extensivo del tipo de peligro abstracto tienen una fundamentación esencial, a saber, la necesidad de tutelar auténticos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, generales o difusos<sup>310</sup>, cuya protección no resulta –en principio– imaginable con otra técnica de tipificación<sup>311</sup>.

Para Corcoy Bidasolo los bienes jurídico-penales supraindividuales son derechos o intereses de una colectividad con un *potente referente individual*, pero con *autonomía suficiente* como para no quedar eclipsados por otro bien jurídico individual<sup>312</sup>. De esta manera, los bienes jurídicos supraindividuales garantizan la confianza de los individuos en el control del riesgo

---

<sup>307</sup> BOGADO, M., FERRARI, D. (2009): “Sociedad de riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético” En: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE) Disponible en: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20091005\\_02.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf) , p. 2.

<sup>308</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas), p. 68.

<sup>309</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 295.

<sup>310</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2015): “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales”, en: Ponencia presentada en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá los días 18 y 19 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Ponencia.pdf> , p. 12.

<sup>311</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2012): “Los delitos de peligro en el Derecho Penal Económico y Empresarial”, En: ADPE (2), p. 55.

<sup>312</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos” (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 203 – 208.

de las actividades que desarrollan, y también protegen a las colectividades que, por su naturaleza o situación en la sociedad, se consideran más débiles<sup>313</sup>.

Algo que caracteriza a un bien jurídico colectivo es su no-distributividad o indivisibilidad<sup>314</sup>. Un bien jurídico sería colectivo o supra individual en la medida que sea conceptual, real o jurídicamente imposible de dividir en partes y asignárselas a los individuos como porciones<sup>315</sup>.

Así lo afirma también Roland Hefendehl, quien nota agudamente que los bienes jurídicos colectivos tienen la característica particular de poder ser disfrutados por cada miembro de la sociedad, sin poder relacionarlo en todo o en parte a un único individuo de esta. Así, la seguridad interior del Estado no beneficia a una persona en particular, sino a cada ciudadano en igual medida<sup>316</sup>.

La dogmática tradicional de los delitos de peligro abstracto se ha construido sobre bienes jurídicos colectivos tales como: la seguridad del tráfico –como el delito de manejo en estado

---

<sup>313</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos” (Valencia, Tirant Lo Blanch), p. 208.

<sup>314</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 189.

<sup>315</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2017): “Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales”, en: Revista Foro FICP, p. 492.

<sup>316</sup> HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc> , p. 4.

de ebriedad<sup>317</sup>–, la salud pública –como los delitos contra el medio ambiente<sup>318</sup>–, y la seguridad colectiva –como en el caso de los delitos de incendio–, entre otros<sup>319</sup>.

Sin embargo, el problema que presenta el concepto de bien jurídico supraindividual se profundiza aún más con el surgir nuevos bienes jurídicos supraindividuales. Ante esta problemática, Hefendehl hace una distinción entre los *verdaderos* bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos colectivos *solamente aparentes*<sup>320</sup>. Este autor plantea que el hecho de que estos bienes siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización<sup>321</sup>. Así, si se toma el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas, en esta parcela se dice que lo que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero tras un análisis detenido puede afirmarse que la salud pública no es ni más menos que *la salud de todos los miembros de la sociedad*. No se trata de un bien colectivo sino de *la suma de bienes jurídicos individuales*<sup>322</sup>.

En cambio, un ejemplo de riesgos futuros que afectan nuevos bienes jurídicos colectivos es el Derecho Penal Ambiental. En cuanto a este, surgen preguntas en cuanto a qué se protege

---

<sup>317</sup> CABEZAS CABEZAS, C. (2010): “Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (34,1), p. 228.

<sup>318</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. (1994): “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias sociales (47, 1), p. 128. Aunque de igual forma es discutido si el bien jurídico sería el mismo medioambiente o no. Para mayor profundidad: ALCÁCER GUIRAO, R. (2002): “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº4), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=254277>

<sup>319</sup> VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi), pp.101-102.

<sup>320</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 175.

<sup>321</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p.176.

<sup>322</sup> HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc>, p. 9.

cuando hablamos de medio ambiente<sup>323</sup>, si es la vida y la salud humana o es directamente el medio ambiente<sup>324</sup>.

Bustos Rubio explica que aquí se tipifican comportamientos individuales que no pueden considerarse por sí mismos lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una posibilidad, más o menos amplia, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación (ahora sí) peligrosa para dicho bien jurídico. Se trata, entonces, de un adelanto extremo de las barreras punitivas: se conmina al agente individual con una sanción penal que responde ya no solo a su actuación individual (actuación que por sí misma no es lesiva, ni efectivamente peligrosa respecto a un determinado bien jurídico), sino que se tiene en cuenta la posibilidad futura (y en gran medida dependiente del azar) de que otras personas repitan dicha conducta. Conductas que de suceder conducirían a una efectiva puesta en peligro o total destrucción de dicho bien jurídico protegido<sup>325</sup>.

Por lo tanto, en el caso de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos tradicionales – algunos de los cuales Hefendehl llama *aparentes*– está más o menos clara la forma en que la acción típica individual y el bien jurídico se relacionan. Justamente por eso, su legitimidad no es un problema tan arduo de resolver. Se reduce, entonces, a adelantar la punibilidad frente a afectaciones de a un bien colectivo que en realidad es una suma de bienes jurídicos individuales. No obstante, tratándose de bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente o la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, difícilmente puede hablarse de lesión, de peligro concreto y peligro abstracto. Es difícil incluso

---

<sup>323</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. (2002): “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº4), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=254277>, p.5.

<sup>324</sup> Además, en ese mismo ejemplo, también se cuestiona quién es la víctima directa de la conducta y cuándo se produce el daño específicamente —entendiendo que en la mayoría de los casos hablamos de conductas que por sí solas no son peligrosas, sino solo en su conjunto—. Todo esto lo veremos en la sección 2 de este capítulo.

<sup>325</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 304.

categorizarlo como peligro abstracto sobre todo cuando ni siquiera existe un peligro abstracto suficiente<sup>326</sup>.

El problema es que, dentro de la dogmática de los delitos de peligro abstracto, solo se permite justificar la criminalización de conductas que en forma aislada pueden llegar a afectar realmente el bien jurídico<sup>327</sup>. Lo anterior no se cumple en los tipos en que la conducta individual del autor no es suficiente por sí sola para afectar el bien jurídico, por lo que no se cumplirían los requisitos para justificar la criminalización de la conducta, siendo uno de ellos el principio de lesividad. El bien jurídico permanece inalterado frente a conductas individuales, porque un acto de contaminación por sí solo nunca tiene la potencialidad de afectar realmente al respectivo bien jurídico<sup>328</sup>.

En esos casos, ni la teoría del peligro como motivo del legislador ni tampoco la teoría de la presunción del peligro permiten justificar la criminalización de conductas<sup>329</sup>, pues se trata de teorías que parten de la base de conductas que tienen la potencialidad de afectar realmente el bien jurídico<sup>330</sup>.

Respecto de lo anterior, Hefendehl ha concluido que la estructura delictiva del delito de peligro abstracto es *inadecuada* para este tipo los bienes jurídicos colectivos, por lo que hay que desarrollar un tipo de delito propio para cada variedad estructural dentro de los bienes jurídicos colectivos<sup>331</sup>.

---

<sup>326</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, p. 299.

<sup>327</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), p. 82.

<sup>328</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, p. 300.

<sup>329</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 830.

<sup>330</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, p. 299.

<sup>331</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 193.

Con esto se llega a la reflexión de que el Derecho Penal debe ocuparse de estos riesgos futuros de otra forma, puesto que, por ejemplo, una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente<sup>332</sup>.

Sabiendo lo anterior podemos preguntarnos: ¿es realmente el tipo de peligro abstracto un instrumento idóneo para la protección de este tipo de bien jurídico? Tratándose de los verdaderos bienes jurídicos colectivos, falta una causalidad real entre la acción individual y el bien jurídico protegido<sup>333</sup>. Por lo tanto, habrá que desarrollar nuevas categorías delictivas que expliquen y justifiquen la criminalización de la conducta, teniendo la protección del bien jurídico supraindividual como fin. La tarea, entonces, es desarrollar nuevos tipos de delitos que justifiquen la criminalización, con la misma importancia que se le da a la causalidad de lesión real que existe tratándose de bienes jurídicos colectivos aparentes. Ante aquello, Kuhlen<sup>334</sup> ha propuesto los siguientes nuevos tipos de delito a considerar: Los delitos de aptitud<sup>335</sup>, los delitos de acumulación, los delitos de preparación y los delitos de conducta.

## **2. Los delitos de acumulación**

En el Derecho Penal existen ciertas conductas típicas cuyo daño a la sociedad se presenta cuando son realizadas por un gran número de personas. La figura de los delitos de acumulación se desarrolló justamente para imputar de manera legítima lesiones o puestas en peligro a bienes jurídicos colectivos –como la salud pública, el medio ambiente, la función pública, seguridad social, entre otros<sup>336</sup>–.

---

<sup>332</sup> HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc> , p. 5.

<sup>333</sup> HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc> , p. 11.

<sup>334</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo” (Barcelona, Atelier), p. 226.

<sup>335</sup> La postura de Kuhlen sobre los delitos de aptitud o idoneidad ya la vimos en el capítulo 1 sección (3.3.)

<sup>336</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 313.

Un ejemplo de esto es la persona que vierte aceite de uso industrial en un río. Si la cantidad que vierte son tres litros, no se va a afectar el bien jurídico “medio ambiente”, pues el agua diluirá las sustancias tóxicas. Tampoco podría hablar de un delito de peligro concreto, pues ello requiere afirmar que la lesión al bien jurídico no se ha producido sólo a raíz de una mera casualidad.

La acumulación intenta explicar la relación que existe entre la ejecución de la acción típica y la afectación de un bien jurídico colectivo, aun cuando una única acción no pueda lesionar o poner en peligro de forma inmediata a ese bien jurídico. Solamente se habla de bienes jurídicos colectivos, pues tratándose de individuales la figura de la acumulación es superflua, ya que una sola acción por sí sola puede afectar el bien jurídico individual.

Delitos como el cohecho<sup>337</sup>, el testimonio falso y medio ambientales<sup>338</sup> se consideran delitos acumulativos. El punto de partida de la teoría de la acumulación son conductas cuya dañosidad social sólo tiene lugar cuando se realizan en un gran número o existe un peligro de que se realicen en gran número. Así, un sólo acto de cohecho –regulado en los artículos 248º y siguientes del Código Penal– no es idóneo para lesionar o poner en peligro el bien jurídico colectivo –el correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>339</sup>–.

Respecto de la definición de los delitos de acumulación, Bustos Rubio explica que en el delito acumulativo los daños se producen como causa de *una suma o acumulación de varios actos*

---

<sup>337</sup>DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2006): “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho.”, en: UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología (Nº17) dice que es un delito de peligro abstracto *especial* “De ahí que afirme que lo tutelado es la institución de la Administración tanto en sus condiciones internas como externas de funcionamiento, aunque admitiendo nos encontramos ante delitos de peligro abstracto de naturaleza especial, en cuanto tales condiciones no se perjudican con una acción de cohecho aislada sino con su repetición”;

<sup>338</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1).

<sup>339</sup> Rodríguez Montañés entiende que aunque el bien jurídico mediatamente protegido sea el correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo que se castiga es el quebrantamiento de ciertos deberes de los funcionarios, como el de integridad, así como la confianza que se deposita en ellos. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid), p. 303.

*individuales de dudosa lesividad*. El paradigma de la acumulación se apoya en la tipificación de comportamientos individuales que no pueden considerarse *per se* lesivos del bien jurídico que se trata de proteger. Lo que existe es una posibilidad, más o menos amplia, de que *tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas*, llegándose a una situación que entonces sí resultaría peligrosa para dicho bien jurídico<sup>340</sup>.

En consecuencia, la conducta individualmente aislada no afecta directamente el bien jurídico protegido, ni siquiera existe un peligro abstracto –como se adelantó en la sección anterior–. Ante ese problema, la idea de la acumulación sirve como un criterio para criminalizar las conductas en las que falta esa causalidad de afectación real entre acción individual y bien jurídico colectivo<sup>341</sup>.

Dentro de la doctrina, existen ciertos autores –por ejemplo, Mendoza Buergo<sup>342</sup>, Rodríguez Montañés<sup>343</sup>, entre otros<sup>344</sup>– que sostienen que los delitos de acumulación son una subcategoría de los delitos de peligro abstracto. Otros autores –como Kuhlen<sup>345</sup>, Hefendehl<sup>346</sup>, entre otros<sup>347</sup>– afirman que considerarlos dentro del tipo peligro abstracto sería una equivocación, pues los delitos de acumulación son una categoría que debería tratarse

---

<sup>340</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 314.

<sup>341</sup> FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 338.

<sup>342</sup> MENDOZA BUERGO, B. (2001): “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto” (Granada, Ed. Comares), p. 61.

<sup>343</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). p. 338.

<sup>344</sup> MAÑALICH RAFFO, J. (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, en: Revista chilena de Derecho (48,2), p. 96.

<sup>345</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), pp. 227-228.

<sup>346</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pp. 193-196.

<sup>347</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 327.

apartadamente<sup>348</sup>, cada acción individual considerada en sí misma de forma aislada de las otras acciones –de naturaleza similar–es inofensiva y no es adecuada para lesionar el bien jurídico protegido, por lo que solo son las acciones acumuladas las que resultan problemáticas.

La discusión anterior surge por ciertas complejidades que produce sostener una u otra teoría. De sostenerse que los delitos de acumulación son una subcategoría del tipo de peligro abstracto, se cuestiona cómo hacer responsable una conducta que por sí sola no es siquiera peligrosa abstractamente. Así, uno de los problemas que presentan los delitos acumulativos es que, en el injusto acumulativo, al sujeto individual se le atribuye parte de responsabilidad penal por hechos ajenos que resultan futuribles e hipotéticos. Es decir, se trata de una atribución de responsabilidad penal por hechos ajenos, pero por el *peligro* que esos *hechos hipotéticos* podrían generar si es que llegan siquiera llegaran a ejecutarse<sup>349</sup>. Lo anterior es cuestionado, pues debiese imputarse aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido, y que aquel riesgo sea, al menos, previsible. No debiese depender de circunstancias accidentales, ya que escapan a la previsibilidad de un hombre medio.

Aquella dificultad también es observada por Bustos Rubio, pues si el riesgo, en el caso concreto (por ejemplo, en conductas contra el medioambiente) se deriva propiamente del efecto acumulativo, y no de la acción individual de un sujeto, dicho riesgo no será normalmente previsible para cada uno de los agentes individuales que intervienen en el proceso acumulativo, entre otras cosas porque ese efecto peligroso derivado de contribuciones individuales dependerá, en la mayoría de los casos, de factores accidentales, futuribles e inciertos<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 314.

<sup>349</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 311.

<sup>350</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 311.

Con todo, el Derecho Penal debiese poder ser utilizado para tutelar y proteger bienes jurídicos colectivos. Sin embargo, dicha utilización no puede transgredir los principios garantistas y esenciales del mismo Derecho Penal<sup>351</sup>.

En relación con los principios garantistas, Carnevali Rodríguez señala que otro problema es que los delitos acumulativos infringirían el principio de culpabilidad, pues para poder imputar se deben comprender otras contribuciones, las que son ajenas al hecho del autor. Asimismo, se trata de estructuras que se construyen sobre presupuestos similares al Derecho administrativo sancionador, que por esencia es un derecho de daño acumulativo, es decir, el injusto se configura por la repetición de actos "efecto sumativo", pues, lo que persigue son objetivos de organización, en que lo esencial es el peligro que para el funcionamiento de un sistema puede tener la repetición de actos. Lo determinante no es pues, el grado de lesividad de la conducta individual "sí Derecho penal" sino su acumulación y generalización. Lo expuesto pone en evidencia entonces, la propensión a una especie de "administrativización" del Derecho penal, pues se comprenden en esta esfera los mismos fundamentos de imputación que son propios del Derecho administrativo sancionador<sup>352</sup>.

Para Hefendehl la forma delictiva de los delitos de peligro abstracto no es apropiada para la protección de los bienes jurídicos supraindividuales<sup>353</sup>. Al no ser apropiada, propone la idea del equivalente material, diciendo que, si la forma delictiva del delito de peligro abstracto no ayuda en el caso de los bienes jurídicos colectivos, hay que intensificar la búsqueda de la conexión entre acción típica y bien jurídico protegido. De otro modo, la búsqueda del bien jurídico protegido carecería de sentido. Para suplir la falta de una causalidad lesiva real entre acción y bien jurídico, se exige aquí la llamada *equivalencia material*, que en los bienes

---

<sup>351</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2017): "Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.", en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) p. 314.

<sup>352</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008): "Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional", en: Ius et Praxis, 14(1), Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>, p. 34.

<sup>353</sup> HEFENDEHL, R. (2007): "El bien jurídico como eje material de la norma penal", en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 195.

jurídicos colectivos atañe necesariamente al plano de criminalización<sup>354</sup>. Es decir, la acumulación, para Hefendehl, dice relación con un equivalente material de la causalidad de lesión real, no con el tipo penal. Si la crítica se refiere al tipo, entonces reciben aplicación soluciones propias este, por ejemplo, la adecuación social. Por eso, la acumulación no sería incompatible con el principio de bagatela, ya que el aporte siempre debe tener un peso mínimo para ser penalmente relevante<sup>355</sup>.

La figura de la acumulación solo tendría cabida cuando los efectos dañinos –debidos a la acumulación– son reales y demostrables. No bastan planteamientos meramente teóricos o hipotéticos. El bien amenazado con las conductas acumulativas tiene que ser tan importante que se justifique la intervención penal. Si existe un medio menos gravoso e igualmente eficaz que la pena para proteger los bienes jurídicos dañados a través de las conductas acumulativas, debe preferirse tal medio.

En el mismo sentido que Hefendehl, para Lothar Kuhlen los delitos de acumulación desempeñan un papel fundamental en el Derecho penal moderno y en lo que respecta a la protección de bienes jurídicos colectivos. Sostiene que este tipo de delitos *solo* podrían clasificarse como una subespecie de delitos de peligro abstracto si a aquellos se les definiera de forma negativa, esto es, como delitos que no son ni de lesión ni de peligro concreto. Sin embargo, aquello no es posible, pues se le privaría de una función crítica y de cualquier intento doctrinario de establecer sus límites. Por tanto, no queda más que sostener que no pertenecen a la categoría del tipo de peligro abstracto<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> El pensamiento de la acumulación, desarrollado en los delitos de cohecho o contra el medio ambiente encarna tal equivalencia. HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 194.

<sup>355</sup> HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), p. 196.

<sup>356</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p.227.

Sobre la doctrina que sostiene la infracción al principio de culpabilidad, Kuhlen rebate esto diciendo que justamente la categoría de delitos de acumulación –como una categoría separada de los delitos de peligro abstracto– podría ser una opción seria si se entendiera que los delitos de acumulación son una rara excepción circunscrita al ámbito de los delitos contra el medio ambiente –una excepción que algunos en cualquier caso preferirían abolir–. Por lo mismo, debe reconocerse que puede ser legítimo tipificar conductas que en sí mismas no son ni siquiera abstractamente peligrosas<sup>357</sup>.

En conclusión, la clasificación de delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto debería ampliarse e incluir la categoría de delitos de acumulación como otra forma de perturbar o menoscabar el bien jurídico colectivo protegido. Lo cierto es que los delitos de acumulación *deben* abarcar conductas que individualmente son consideradas no peligrosas. De lo contrario, este tipo de conductas se harían muy recurrentes y ello acarrearía, por ejemplo, más contaminación de aguas.

### **3. Los delitos de preparación**

Los delitos preparatorios o de preparación son delitos en los que se castigan conductas que, aunque en sí mismas son consideradas inocuas para el bien jurídico, pueden servir de base para conductas lesivas realizadas por quien despliega la conducta o un tercero<sup>358</sup>. Son conductas cuyo potencial de riesgo consiste en que la propia persona que actuó u otra pueden apoyarse en el resultado de la conducta previa en cuestión<sup>359</sup>. Un ejemplo de esta clase de delitos en el derecho chileno son la posesión ilegal de armas de fuego, la asociación ilícita, y los delitos de los arts. 181 y 445 de Código Penal.

---

<sup>357</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p.228.

<sup>358</sup> ALONSO RIMO, A. (2017): “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (4) p. 8.

<sup>359</sup> VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) p. 288.

Rusca expone claramente la diferencia que existiría entre un “típico” delito de peligro abstracto y un delito de preparación:

“Respecto de los delitos preparatorios, el riesgo para intereses de terceros no deriva de la conducta prohibida en sí misma, sino de otros comportamientos conectados con ella, que el propio agente u otras personas podrían posteriormente realizar. En definitiva, como su nombre lo indica, se trata de la criminalización de actos preparatorios, es decir, de acciones previas al momento en que el autor desencadena todo el riesgo de daño que se encuentra bajo su control. Así, por ejemplo, constituye un delito preparatorio la tenencia ilegal de armas; en tal caso, el riesgo para la seguridad de otros no surge de la tenencia en sí misma, sino del uso del arma que pudiera hacer el portador u otras personas. En este sentido, *a diferencia del sujeto que conduce un automóvil alcoholizado, quien ya ha creado todo el riesgo necesario para que ocurra un resultado disvalioso, el tenedor ilegal de un arma es castigado por un comportamiento futuro –i.e., el uso riesgoso del arma–, el cual podría nunca ocurrir.*<sup>360</sup>” (Énfasis añadido)

Si bien autores como Kuhlen<sup>361</sup> sostienen que esta categoría delictiva debe distinguirse de los delitos de peligro abstracto como una categoría independiente, existen autores como Puschke<sup>362</sup> y Alonso Rimo<sup>363</sup> que estiman a los delitos de preparación como una subcategoría de los delitos de peligro abstracto.

Así, Alonso Rimo expone que, entendido que los delitos de peligro abstracto no constituyen una categoría conceptual cuyos márgenes aparezcan delimitados con absoluta nitidez, resulta posible afirmar que, desde el punto de vista del grado de afectación al bien jurídico y en

---

<sup>360</sup> RUSCA, B. (2022): “Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica”, en: Revista Chilena de Derecho (vol.49, n°1) p. 105.

<sup>361</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p.228.

<sup>362</sup> PUSCHKE, J. (2010): “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (4), p. 7.

<sup>363</sup> ALONSO RIMO, A. (2017): “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (4), p. 22.

atención, particularmente, a la lejanía de las conductas típicas respecto de la lesión, los tipos preparatorios son de peligro abstracto<sup>364</sup>.

Para Mendoza Buergo, sin embargo, existe un problema pues la proliferación de técnicas de tipificación poco escrupulosas con los mencionados principios produce a su vez otro efecto distinto: la afectación de otros postulados de relevancia constitucional como el principio de legalidad –a través de la posible vulneración de la reserva de ley, de la exigencia de certeza y suficiente salvaguarda de la función de garantista de los tipos que comporta cierto grado de inseguridad jurídica–, o también, del principio del hecho. Este último principio se vería claramente rebatido por la incriminación de conductas en sí mismo no son claramente lesivas, pero que se someten a pena simplemente porque se toman como conductas preparatorias o previas de otras que son las que atentan realmente contra el bien jurídico y ello, aunque no llegue a cometerse esta segunda acción<sup>365</sup>.

Barrientos agrega que estos delitos serían problemáticos, por ejemplo, si la conducta posterior es la de un tercero<sup>366</sup>. Aquello pugnaría con el principio de la responsabilidad personal, ya que el ámbito de responsabilidad de un individuo se debe limitar a su propia actuación, no a la de otros, por lo que la acción individual aislada debiese –al menos– tener un potencial lesivo para hacerlo responsable.

Para Maldonado Fuentes<sup>367</sup>, es posible atribuir a los delitos preparatorios relevancia penal de dos formas:

---

<sup>364</sup> ALONSO RIMO, A. (2017): “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en: *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (4), p. 23.

<sup>365</sup> MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: *Revista Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, p. 305.

<sup>366</sup> BARRIENTOS PÉREZ, D. (2015): “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, en: *Nuevo Foro Penal* (84), p. 127.

<sup>367</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: *Revista de estudios de la justicia* (7), p. 46.

- (i) En cuanto formen parte de la etapa inicial de desarrollo de un delito (en caso de que concurra al menos la “peligrosidad” o el “peligro” y según cuál de ellos se considere suficiente)
- (ii) O de manera autónoma, por poner en peligro o afectar directamente un bien jurídico.

Su sanción se busca sobre fundamentos equivalentes, esto es, se los proscribire **por generar condiciones de peligro**, no por ser peligrosos o por poner en peligro a algún bien jurídico. Por lo mismo, –según Maldonado– se refieren a ellos como delitos de preparación<sup>368</sup>.

Con todo, Kuhlen explica que, por ejemplo, en el caso de la fabricación de moneda falsa o la venta de armas, la conducta no es en sí misma idónea para lesionar, y debe por tanto distinguirse de los delitos de peligro abstracto. Tampoco podrían equipararse a los delitos de acumulación, ya que estas acciones no lesionan el bien jurídico protegido ni siquiera cuando se llevan a cabo en gran número. Antes bien, lo que en estos delitos resulta decisivo es que *ofrecen un punto de partida normativamente suficiente para las posteriores conductas delictivas del autor y otras personas*. Para este autor, como la legitimidad de tales tipos penales generalmente no puede discutirse, resulta en su opinión correcto reconocer los delitos de preparación como una ulterior categoría delictiva<sup>369</sup>.

Así, parece más adecuada la postura de Kuhlen, dado que las conductas que castigan los delitos preparatorios no son idóneas por sí mismas para lesionar el bien jurídico, aun cuando se lleven a cabo varias veces. Además, las conductas suponen un punto de inicio que debe conectarse necesariamente con otras conductas. Por eso, tampoco se trata de delitos de peligro abstracto y pertenecen a una categoría independiente<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: *Revista de estudios de la justicia* (7), p. 46.

<sup>369</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), pp. 228 – 229.

<sup>370</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), pp. 228 – 229.

#### 4. Los delitos de conducta

Dentro de los nuevos tipos que se proponen incluir por Kuhlen para ampliar la clasificación tripartita de lesión, peligro concreto y peligro abstracto, se encuentran los delitos de conducta, o los delitos sin bien jurídico<sup>371</sup>.

Si bien su existencia o no es discutida, poco a poco se han hecho más presentes al momento de analizar los delitos de peligro abstracto. Lo anterior lo podemos encontrar en la ponencia de Pérez-Sauquillo Muñoz en la cual explica que, ya que los delitos de peligro abstracto a menudo son definidos como una categoría residual, por oposición a los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto, en la que se tipifican conductas que ni lesionarían ni pondrían en peligro concreto al bien jurídico o al objeto material del delito, dentro de esta categoría cabría incluir a otras que hoy en día tienden, a adquirir una entidad propia, como los delitos sin bien jurídico, los delitos obstáculo, los delitos de riesgo o los delitos acumulativos<sup>372</sup>.

Otros autores como Torío López tratan esta clase de delitos de conducta como una subespecie de los delitos de peligro abstracto, pero, además, proponen su descriminalización<sup>373</sup>. Así, este autor explica que en aquellos delitos de peligro abstracto que consisten sustancialmente en violaciones de la ética social o en infracciones administrativas criminalizadas, se está ante formaciones jurídicas en que la acción típica no precisa, por el contrario, ser peligrosa para un bien jurídico significativo para el Derecho Penal. En tales casos, la irregularidad que supone acudir a la pena criminal no puede ser corregida por vía dogmática, sino en un sentido político-criminal. En tanto que los delitos de peligro hipotético poseen una legitimidad

---

<sup>371</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), pp. 229 – 231.

<sup>372</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2015): “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales”, en: Ponencia presentada en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá los días 18 y 19 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Ponencia.pdf>, p. 2.

<sup>373</sup> CERESO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,10), p. 68.

político-criminal apenas discutible, los delitos de peligro abstracto que consisten en violaciones de la ética social o que sustancialmente son injustos administrativos o contravenciones al orden de la comunidad deberían ser objeto de descriminalización<sup>374</sup>.

Dentro de la doctrina, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée han criticado la existencia de este tipo de delitos, entendiendo que es necesario que la conducta típica sea constitutiva de un desvalor por su capacidad de riesgo para el bien jurídico:

“Las repercusiones de esta postura doctrinal se manifiestan en la exclusión del ámbito de lo penal de los llamados «delitos sin víctima», esto es, aquellos en los que no hay un sujeto afectado, como es el caso de la homosexualidad voluntaria entre adultos, como sucede en algunas legislaciones, o el consumo de drogas. Hechos de esta naturaleza, sólo podrían castigarse en virtud de una determinada concepción ética, pero nunca con fundamento en la lesión de un bien jurídico. El castigo de conductas de esta laya en un Estado social y democrático de derecho y específicamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, significaría una transgresión del art. 1.1 de la Constitución que establece la libertad individual como derecho fundamental superior y necesario para un desarrollo autónomo de la persona humana. Otras repercusiones son constatables en relación con los delitos de sospecha y también con los delitos de peligro abstracto<sup>375</sup>”.

Teradillos Basoco se refiere a esta clase de delitos como “*infracciones morales, civiles o formales*”. Según este autor no puede aceptarse la acrítica consideración de delitos de peligro de comportamientos castigados en razón de una determinada visión moral, política o social de la realidad. Al hacerlo, el intérprete encubriría bajo la rúbrica del peligro conductas que no suponen riesgo para bien jurídico alguno, o que implican un riesgo mínimo<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), p. 847.

<sup>375</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta), pp. 38-39.

<sup>376</sup> TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67 – 94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>, pp. 81-82.

Dentro de la doctrina chilena, Cury Urzúa habla de ellos como “*delitos de bagatela*”. El autor explica que con frecuencia –en la legislación chilena– se intenta tutelar penalmente valores con escasa significación social, tipificando “delitos de bagatela”. Constituyen casos de delitos sin víctima, destinados a proteger solo valores éticos cuya infracción no repercute socialmente; el incesto consentido entre adultos, el adulterio y la mancebía, contemplados antes en los antiguos arts. 375 y sigs. del C.R, hoy derogados, son situaciones en las que se trataba de tutelar penalmente un valor cuya vigencia depende de que se lo acate voluntariamente<sup>377</sup>.

En definitiva, esta clase de delitos hace referencia a los tipos que protegen las necesidades colectivas elementales, los sentimientos, los tabúes, los animales –esto último sostenido por Kuhlen–, etc. Un ejemplo de aquello es el delito de incesto o el delito del artículo 365 del Código Penal chileno.

En el artículo 365 del Código Penal, se sanciona al que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Se puede observar, entonces, que aquel tipo penal no tiene ningún fundamento más que proteger una determinada visión de la sexualidad. Lo anterior se puede notar aún más cuando en el tipo se impone una forma de actuar en la sociedad, que más bien es una prohibición. Así, el tipo impide a un varón acceder carnalmente a un adolescente cuando este ha prestado su consentimiento, es decir, aunque la víctima no esté interesada en la protección del bien jurídico.

Si bien existe cierta doctrina según la cual el Derecho Penal solo puede utilizarse para proteger bienes jurídicos con la construcción de los respectivos bienes jurídicos<sup>378</sup>, para Kuhlen, aquellas necesidades colectivas podrían ser entendidas como bienes jurídicos

---

<sup>377</sup> CURY URZÚA, E. (2005): “Derecho Penal. Parte General.” 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 47.

<sup>378</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 230.

colectivos. Sin embargo, entender, por ejemplo, la protección de los individuos respecto de los tabúes como un bien jurídico se aleja del núcleo semántico del concepto de bien jurídico y a la pretensión crítica de la teoría del bien jurídico.

A modo de conclusión, Kuhlen reconoce astutamente que es complejo determinar cómo deberían ser tenidos en cuenta los delitos de conducta desde el punto de vista clasificatorio, pero es claro que no los considera una subespecie de los delitos de peligro abstracto, y reafirma que debiesen tratarse y analizarse como una categoría delictiva separada, dada su complejidad<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup> KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), p. 231.

## CONCLUSIONES

El objetivo de esta investigación fue profundizar en el concepto y alcance de los delitos de peligro abstracto, con la intención final de ahondar en cómo esta categoría delictiva se ha ido utilizando cada vez más para abarcar conductas que pareciesen ser ya no de peligro abstracto, sino de otras categorías delictivas distintas a la tradicional clasificación tripartita.

La pregunta por responder fue si los delitos de peligro abstracto son una categoría delictiva capaz de abarcar nuevos tipos de delitos. Y si es una categoría idónea para proteger los nuevos y verdaderos bienes jurídicos supraindividuales, o si se ha convertido en una categoría delictiva insuficiente, ante lo cual, no bastaría con la clasificación tripartita.

En el capítulo uno de esta investigación vimos que existe una clasificación tripartita dependiendo de la gravedad del perjuicio o perturbación que se le hace al bien jurídico protegido. Según ello se distinguen los delitos de lesión de los delitos de peligro. Y estos últimos, a su vez, se clasifican entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, dependiendo de si el hecho ha creado realmente un peligro –como resultado– o si la acción lleva consigo un peligro inminente.

En los delitos de lesión se requiere que la conducta prive, menoscabe o perjudique efectivamente el bien jurídico, vale decir, que haya una destrucción o un menoscabo valorativo del bien jurídico. Por otro lado, en los delitos de peligro la realización del tipo se verifica con la creación de un riesgo determinado para el bien jurídico, en donde existe una probabilidad de que el comportamiento típico produzca una lesión efectiva. Su principal diferencia está en el momento de la consumación. En los delitos de lesión es necesario que exista una lesión efectiva sobre el bien jurídico. En cambio, en los delitos de peligro basta con el peligro real –el riesgo–, que es imputable a la realización típica.

Respecto de los delitos de peligro en particular, se encuentran los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. La principal diferencia entre estas dos categorías delictivas es que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado y los de peligro abstracto son

de mera actividad. El peligro concreto supone un resultado de puesta en peligro separado espacial y temporalmente de la acción del autor. En contraposición, los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad, siendo delitos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella. Por lo mismo, los delitos de peligro abstracto son delitos cuyo merecimiento de pena descansa sobre la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos.

Dadas las críticas y discusiones que se generan en torno a los delitos de peligro abstracto respecto del principio de culpabilidad, el principio de lesividad, el principio de proporcionalidad, el principio de ofensividad, entre otros, se ha recurrido a la configuración de los delitos de idoneidad, aptitud o de peligro abstracto-concreto para resolver los problemas de legalidad y de estándares constitucionales que se requieren en la intervención penal.

De esta forma, se ha distinguido entre delitos de peligro propiamente tal y los delitos de idoneidad. En los delitos de peligro propiamente tal la realización típica de la conducta es suficiente para la punición, sin necesidad de verificar si existió realmente un peligro inminente. Los delitos de idoneidad, en específico, no exigen la creación de un peligro concreto. La diferencia principal que tienen con el peligro abstracto propiamente tal es que la conducta debe mostrar un incremento del riesgo de lesión respecto de la conducta atípica, pero aquí el juez debe comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta.

En el capítulo dos, la investigación se enfocó en el alcance del concepto de los delitos de peligro abstracto, analizando los fundamentos para su criminalización: la teoría de la presunción del peligro y la teoría del peligro como motivo del legislador.

La teoría de la presunción parte desde una base simple, según la cual el peligro es con frecuencia difícil de probar. Por ello, en los delitos de peligro abstracto el legislador se ve en la obligación de presumir de derecho que la acción es peligrosa, sin posibilidad de prueba en contrario.

La teoría del peligro como motivo del legislador, por otra parte, entiende que las prohibiciones y mandatos en los delitos de peligro abstracto se fundan en atención a que determinadas conductas pertenecen a cierto grupo de comportamientos que generalmente pueden afectar al objeto de protección y que, por eso, deben ser desaprobados. Aquí la peligrosidad de la conducta es el motivo del legislador para la creación del precepto.

Respecto de las críticas que se les hacen a estos delitos, una de ellas es la infracción al principio de culpabilidad. Se critica que la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho Penal mediante penas frente a un ciudadano concreto.

En cuanto al principio de lesividad, se entiende que el Derecho Penal es el medio de protección de los bienes jurídicos. Por lo tanto, si existe alguna duda sobre la existencia o no de un bien jurídico, el legislador debiese optar por la no intervención, respetando el principio *in dubio pro libertate*. El legislador siempre debe estar a favor del sentido más favorable para la existencia y garantía de un derecho fundamental. Aquello no se cumpliría en los delitos de peligro abstracto.

Luego, se revisaron los nuevos intentos de legitimación de los delitos de peligro abstracto, entre ellos: los delitos de peligro abstracto como una infracción del deber de cuidado, la seguridad como el bien jurídico protegido por los delitos de peligro abstracto y la reinterpretación de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de idoneidad. Con ello se pudo observar que cada intento de legitimación trata de darle un alcance más acotado a los delitos de peligro abstracto, con el propósito de que la categoría delictiva esté en armonía con las garantías y principios penales.

Como consecuencia, en el capítulo tres, se evidenció que los delitos de peligro abstracto no son idóneos para abarcar todas las conductas punibles que no sean lesiones o puestas en peligro concretas. Más bien, parece ser que su contenido es cada vez más difuso a lo largo de los años. Y con los nuevos riesgos y bienes jurídicos supraindividuales presentes en la

sociedad, se han ampliado las conductas punibles bajo esta categoría. Tratándose de la protección de los verdaderos bienes jurídicos colectivos, suele criticarse la falta de una causalidad real entre la acción individual y el bien jurídico protegido. Al respecto, se concluyó que habría que desarrollar nuevas categorías delictivas que expliquen y justifiquen la criminalización de la conducta, teniendo la protección del bien jurídico supraindividual como fin.

Debido a lo anterior, se vio que las categorías adicionales que propone Kuhlen son: los delitos de idoneidad, los delitos de acumulación, los delitos de preparación y los delitos de conducta. Kuhlen explica que los delitos de idoneidad deben diferenciarse de los tradicionales delitos de peligro abstracto, ya que en estos últimos el juzgador puede afirmar la tipicidad sin efectuar un juicio propio de peligrosidad. En cambio, en los delitos de idoneidad la conducta debe mostrar un incremento del riesgo de lesión respecto de la conducta atípica, pero aquí el juez debe comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta. Respecto de los delitos acumulativos, la conducta individualmente aislada no afecta directamente el bien jurídico protegido, ni siquiera existe un peligro inminente. Por ende, la forma delictiva de los delitos de peligro abstracto no es apropiada para la protección de los verdaderos bienes jurídicos supraindividuales. En cuanto a los delitos de preparación, las conductas que castigan no son idóneas por sí mismas para lesionar el bien jurídico y deben conectarse necesariamente con otras. Por eso, tampoco se trata de delitos de peligro abstracto. Por último, en los delitos de conducta no existe ni siquiera un peligro abstracto de afectar al bien jurídico. En esa clase de delitos no existe realmente un bien jurídico y son más bien valoraciones y necesidades sociales en términos morales, como los tabúes.

De esta forma, en cuanto a la finalidad de esta investigación, se puede deducir que los delitos de peligro abstracto son actualmente insuficientes para abarcar otras categorías delictivas, sobre todo cuando se trata de la protección de bienes jurídicos verdaderamente colectivos. Por lo mismo, y a modo de conclusión, la clasificación tripartita de delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto debe ampliarse. Es necesario reconocer que actualmente existen otras formas de perturbación y menoscabo al bien jurídico que son más complejas y que no pueden subsumirse bajo la categoría de delito de peligro abstracto.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2002): “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº4), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=254277>
- ALONSO RIMO, A. (2017): “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (4). Disponible en: <https://indret.com/impunidad-general-de-los-actos-preparatorios-la-expansion-de-los-delitos-de-preparacion/>
- BAGES SANTACANA, J. (2018): “El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto” (Valencia, Tirant lo Blanch)
- BAGES SANTACANA, J. (2017): “La tentativa de los delitos de peligro abstracto” Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/663023>.
- BARBERO SANTOS, M. (1973): “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en: Anuario de Derecho y ciencias penales, (26,3), pp. 487-498.
- BARRIENTOS PÉREZ, D. (2015): “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, en: Nuevo Foro Penal (84), pp. 90-136.
- BASCUR RETAMAL, G. (2019): “Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos”, en: Política Criminal (14,28). Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992019000200562#fn1](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200562#fn1)

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2008): “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, en: Estudios Públicos (110). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291676>
- BECK, U. (2002): “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad” (Barcelona, Editorial Paidós).
- BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999): “Lecciones de Derecho Penal. Volumen II” (Madrid, Editorial Trotta).
- BOGADO, M., FERRARI, D. (2009): “Sociedad de riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético” En: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE) Disponible en: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20091005\\_02.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf)
- BUSTOS RUBIO, M. (2017): “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal.”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (70,1) pp. 293-327.
- CABEZAS CABEZAS, C. (2010): “Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (34,1), pp. 227-280.
- CABEZAS CABEZAS, C. (2013): “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en: Revista de derecho, Coquimbo, (20,2). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>

- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008): “Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, en: *Ius et Praxis*, 14(1), pp. 13-48. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>
- CEREZO MIR, J. (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho penal y criminología* (2,10), pp. 47-72.
- CORCOY BIDASOLO, M. (1999): “Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.” (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- CORIGLIANO, M. (2006): “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el Derecho Penal”, en: *Revista internauta de práctica jurídica* (1,18). Disponible en: <https://derechopenalonline.com/delitos-de-peligro-hacia-una-definicion-politico-criminal-y-sistemica/>
- CURY URZÚA, E. (2005): “Derecho Penal. Parte General.” 7ma ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2006): “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho.”, en: UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Nº17), pp. 81-152.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1997): “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo IV (Santiago, editorial Jurídica de Chile).
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2005): “Seguridad colectiva y peligro abstracto: Sobre la normativización del peligro”, en: Barreiro, A. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. (Madrid, Civitas), pp. 307-342.

- FRISCH, W. (2007): “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pp. 309 – 339.
- FUENTES CUBILLOS, H. (2008): “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en: Revista Ius Et Praxis, (14,2), pp. 15-42.
- FUENTES OSORIO, J. (2006): “Formas de anticipación de la tutela penal”, en: Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, (8, 8). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>
- GAEDE, K. (2007): “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico, (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pp. 265-281.
- GARRIDO MONTT, M. (2003): “Derecho Penal. Parte general. Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ra ed.” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- HASSEMER, W. (2003): “Crítica al Derecho Penal de Hoy”. 2da ed. (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- HEFENDEHL, R. (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (04,14) Disponible en: <http://criminnet.urg.es/recpc>
- HEFENDEHL, R. (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pp.179- 196.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. (1994): “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias sociales (47, 1), pp. 111-140. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46450>
- HERZOG, F. (1991): “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)”, en: Nuevo Foro penal (12, 53), pp. 303-312.
- HIRSCH, H. (1996): “ Peligro y peligrosidad”, en: Anuario de Derecho Penal y ciencias penales (49, 2) pp. 509-529.
- KINDHAUSER, U. (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>
- KUHLEN, L. (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., y WOHLERS, W. “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”. (Barcelona, Atelier), pp. 225-235.
- MALDONADO FUENTES, F. (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en: Revista de estudios de la justicia (7), pp. 23-63.
- MANGIAFICO FREIRE, D., ÁLVAREZ DOYLE, D. (2017): “Sociedad del Riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina”, en: Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, (33). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6318035>

- MAÑALICH RAFFO, J. (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, en: Revista chilena de Derecho (48,2), pp. 79 – 100.
- MAÑALICH RAFFO, J.P. (2021): Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en: LONDOÑO, F., MALDONADO, F., MAÑALICH, J.P. “Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis” (Santiago, Thomson Reuters), pp. 127-237.
- MARRERO GUANCHE, D. (2023): “La persona perjudicada en los delitos contra el medioambiente”, en: ARRABAL,P., CONDE, J., GARCÍA, P., FUENTES, O. “El proceso en tiempos de cambio. VII Processulus Encuentro de jóvenes investigadores en derecho procesal”. (Murcia, Colex) pp. 91-102.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2012): “Los delitos de peligro en el Derecho Penal Económico y Empresarial”, En: ADPE (2), pp. 47-62.
- MATUS, J., RAMÍREZ M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2da ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch)
- MATUS, J., RAMÍREZ M.C. (2021): “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 4ta ed.” (Santiago, Tirant lo Blanch)
- MATUS, J.P., RAMÍREZ, M.C.; CASTILLO, M. (2018): “Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”. en: Política Criminal (Vol. 13, N° 26) pp.771-835. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992018000200771&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000200771&lng=es&nrm=iso)

- MENDOZA BUERGO, B. (2001): “Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto” (Granada, Ed. Comares)
- MENDOZA BUERGO, B. (1999): “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en: Revista Anuario de Derecho penal y ciencias penales, pp. 279-322.
- MENDOZA BUERGO, B. (2001): “El Derecho penal en la sociedad del riesgo” (Madrid, Civitas).
- MENDOZA BUERGO, B. (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en: Revista de Derecho penal y criminología (2,9), pp. 39-82.
- MIR PUIG, S. (2011): “Derecho Penal. Parte General.” 9º ed. (Barcelona, Editorial Reppertor).
- MORALES PRATS, F. (1997): “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro”, en: Valle Muñoz, J. M.<sup>a</sup> (coord.), Protección jurídica del medio ambiente, (Pamplona, Ed. Aranzadi)
- NAVARRO FRÍAS, I. (2003): “Principio de legalidad y el llamado delito de colaboración con banda armada: la nueva amenaza de una cuestión jurídica no bien resuelta en la STC 136/1999”, en: Anales de la Facultad de Derecho (1,20), pp. 99-138.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2017): “Compendio de Derecho Penal. Parte General” 7ma edición (Valencia, Tirant lo Blanch)
- PAREDES CASTAÑÓN, J. (2003): “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico: Bases político-criminales”, En: Revista de Derecho Penal y Criminología (2,11), pp. 95-164.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2017): “Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales”, en: Revista Foro FICP (1), pp. 492–529.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2015): “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales”, en: Ponencia presentada en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá los días 18 y 19 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Ponencia.pdf>

POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2003): “Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General.” 2º ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PUSCHKE, J. (2010): “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito”, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho (4), pp.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, G. (2020): “Alcances del artículo 318 del Código Penal”, Revista de la Justicia Penal, (Nº14), pp. 69-86.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994): “Delitos de peligro, dolo e imprudencia.” (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “Derecho Penal. Parte General” (Madrid, Editorial Civitas S.A.).

ROXIN, C. (1997): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.” 2º ed. (Madrid, Editorial Civitas)

- RUSCA, B. (2022): “Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica”, en: Revista Chilena de Derecho (vol.49, n°1) pp. 101-126.
- SCHÜNEMANN, B. (1996): “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, (vol. XLIX) pp. 187-218.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008): “La expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales” 3ª ed. (Montevideo, BdeF)
- TERADILLOS BASOCO, J. (1999): “Peligro abstracto y garantías penales”, en: Nuevo foro penal (12,62) pp. 67 – 94. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>
- TORÍO LÓPEZ, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (2,3), pp. 825- 848.
- VARGAS PINTO, T. (2007): “Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.” (Santiago, Thomson Aranzadi)
- VARGAS PINTO, T. (2014): “Peligro, peligrosidad y previsibilidad: Una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, en: Revista de Ciencias Penales Sexta Época, (Vol. XLI, N°3), pp. 165-182.
- VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito”, en: HEFENDEHL, R. La teoría del bien jurídico. (Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) pp. 285-308.
- WELZEL, H. (1956): “Derecho Penal. Parte General.” (Buenos Aires, Roque DePalma Editor).

WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2018): “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la 46° edición alemana (Lima, Instituto pacifica S.A.).

ZABEL, B. (2018): “¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad”, en: Revista para el Análisis del Derecho (N°1). Disponible en: <https://indret.com/del-hecho-al-conflicto-sobre-el-cambio-de-funcion-del-derecho-penal-de-culpabilidad/>