

## LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES REFUTABLES. NUEVOS ARGUMENTOS EN DEFENSA DE UNA TEORÍA CLÁSICA

### *IMPLICIT DANGER CRIMES AS REBUTTABLE PRESUMPTIONS. NEW ARGUMENTS TO SUPPORT A CLASSICAL THEORY*

BRUNO RUSCA\*

**RESUMEN:** El trabajo examina las principales teorías que se han formulado para legitimar los delitos de peligro abstracto; esto es, la criminalización de comportamientos que, en general, crean un riesgo para bienes indeterminados, aunque pueden presentarse circunstancias particulares en las que una conducta de esa clase no ocasione tal peligro. Luego de analizar críticamente diferentes propuestas de legitimación, se defiende la perspectiva que concibe a dichos delitos como presunciones rebatibles. Si bien este enfoque ha sido defendido con anterioridad, el trabajo presenta argumentos que permiten comprender más acabadamente sus virtudes como también responder a las objeciones que se plantean en su contra. Concretamente, se argumenta que la concepción de los delitos de peligro abstracto como presunciones rebatibles puede maximizar los beneficios de recurrir a esta técnica legislativa, ya que aprovecha en buena medida las ventajas que otorgan las reglas, sin incrementar sustancialmente las situaciones de injusticia material.

**Palabras clave:** criterios de criminalización, delitos de peligro abstracto, presunciones rebatibles.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the most important theories that have been proposed to justify the so-called crimes of implicit danger; that is, the criminalization of behaviors that, in general, unleash a risk of harm to indeterminate interests, although there may be particular circumstances in which this kind of conduct does not provoke such a risk. After a critical review of different proposals, this paper supports the perspective that understands these crimes as rebuttable presumptions. Although this approach has been supported in the past, the paper provides arguments that allow us to understand better its advantages as well as to respond to the objections raised against it. In particular, it is argued that the view of crimes of implicit danger as rebuttable presumptions can maximize the advantages of resorting to this legislative technique, since it exploits largely the benefits of rules, without substantially increasing its unfair consequences.

**Keywords:** criminalization criteria, implicit danger crimes, rebuttable presumptions.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: brunorusca@gmail.com, número ORCID 0000-0001-5460-9207. El autor agradece a Gustavo Beade, Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer Beltrán, Ignacio Gómez Perdiguero, Luis Greco, Mariona Llobet Angli, María Laura Manrique, Pablo Navarro, José Milton Peralta, Gabriel Pérez Barberá y a todos los miembros del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona por comentarios críticos y valiosas contribuciones realizadas para la mejora de una versión previa del trabajo. También agradece especialmente a dos evaluadores anónimos por sus interesantes observaciones, las cuales han enriquecido sustancialmente el producto final.

## I. INTRODUCCIÓN

Las dificultades que plantea la criminalización de conductas sobre la base de su peligrosidad en abstracto es un tema extensamente analizado en la literatura del derecho penal. Tanto en el ámbito continental europeo como en la tradición del derecho penal anglosajón, la cuestión ha sido abordada por los más destacados penalistas, quienes desarrollaron importantes teorías respecto de su legitimación. Lamentablemente, a menudo también el debate académico se ha empobrecido por la influencia de modas intelectuales, las que, en vez de contribuir con propuestas fundadas al esclarecimiento del problema, apelan al uso de eslóganes efectistas para conquistar adeptos y estigmatizar adversarios<sup>1</sup>. Con todo, la postura que, por un lado, niega todo atisbo de legitimidad a los delitos de peligro abstracto, como la perspectiva que desconoce las situaciones de injusticia que inevitablemente producen, tienden a soslayar aspectos relevantes de la discusión. El desarrollo de una respuesta teórica adecuada requiere, en cambio, reconocer las ventajas que proporciona esta técnica legislativa, pero sin negar los costos que trae aparejados.

Si bien, como se ha señalado previamente, la literatura sobre el tema es profusa, el trabajo argumenta que la comprensión de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables permite armonizar de modo adecuado las tensiones que involucra la criminalización de estos comportamientos; esto es, el conflicto entre razones consecuencialistas con consideraciones relativas al merecimiento de pena de los agentes. Ciertamente, aunque esta teoría clásica parece no contar con demasiada aceptación en la actualidad, se intenta demostrar que su rechazo se funda en críticas débiles, como también en cierta incompreensión de sus principales virtudes. De este modo, más allá de que la perspectiva defendida en el trabajo es bien conocida, se fundamenta en argumentos que no han sido debidamente considerados, lo que contribuye a alcanzar una mejor comprensión del problema.

El texto comienza con el planteo de una serie de distinciones conceptuales relevantes, con el propósito de evitar ciertos malentendidos usuales en el empleo de los términos peligro abstracto y concreto. Asimismo, se aclara que el análisis está circunscripto a los delitos cuya peligrosidad surge, como regla general, de la mera realización de la conducta descrita en la norma, sin que sea necesario, además, un acto posterior del propio agente o de un tercero, ni tampoco la repetición de esa misma acción por un conjunto significativo de personas. En segundo lugar, se analizan las principales ventajas e inconvenientes que presentan los delitos de peligro abstracto. Aunque la criminalización de comportamientos sobre la base de su peligrosidad en abstracto inevitablemente da a lugar a situaciones de injusticia material, ya que algunos inocentes son castigados<sup>2</sup>, brindan una mayor precisión en comparación con los delitos de peligro concreto, lo cual resulta conveniente desde un punto de vista consecuencialista. Una vez que se advierte la imposibilidad de escapar a este dilema, puede comprenderse también por qué no es una buena idea renunciar completa-

<sup>1</sup> Ampliamente sobre este punto, GRECO (2004) pp. 90-92.

<sup>2</sup> En este caso, el término “inocente” no hace referencia a la categoría procesal, esto es, a quien no ha cometido el delito del cual se lo acusa. Por el contrario, en este contexto, “inocente” alude a la persona que, aunque formalmente haya cometido un delito, en términos estrictamente retributivos, no merece ser castigada, pues no ha realizado una conducta materialmente ilícita o disvaliosa.

mente a los delitos de peligro abstracto. Posteriormente, el trabajo presenta las principales teorías, tanto del ámbito anglosajón como continental-europeo, que pretenden brindar una solución al problema, así como las objeciones más importantes que pueden formularse en contra de cada una de ellas.

Por último, se defiende la perspectiva que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. De acuerdo con esta idea, el recurso a dicha técnica legislativa es legítimo, si de la realización de la conducta descrita en la norma puede inferirse, más allá de toda duda razonable, la creación de un riesgo *ex ante* penalmente relevante. En tales casos, cuando se acredita que el acusado llevó a cabo la acción típica, le corresponde a este refutar la presunción; esto es, crear al menos la duda de que, en virtud de las circunstancias particulares de la situación concreta, su comportamiento no dio lugar al peligro que fundamenta esa prohibición penal. El trabajo argumenta que este modo de concebir los delitos de peligro abstracto permite conservar, en una medida aceptable, los beneficios que, desde un punto de vista consecuencialista, otorgan las reglas, y, además, no involucra una violación al principio de inocencia, siempre que dicha garantía constitucional sea interpretada de un modo adecuado.

## II. DISTINCIONES CONCEPTUALES Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En la literatura del derecho penal, la discusión acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, como también la pregunta sobre si cierta conducta debe subsumirse en una categoría de peligro o en otra, a menudo, resultan distorsionadas por imprecisiones terminológicas. Es frecuente, por ejemplo, que algunos autores rechacen enfáticamente toda posibilidad de justificación de la criminalización de puestas en peligro en abstracto, pero luego adopten una definición de peligro concreto tan amplia, que, finalmente, acaben por llegar a las mismas conclusiones respecto de los comportamientos que legítimamente pueden constituir un delito.<sup>3</sup> Para evitar que la controversia se reduzca a meros desacuerdos verbales, es necesario, entonces, aclarar con la mayor precisión posible el modo en que se emplean dichos términos.

Conforme a una definición extendida, un delito es de peligro concreto si, para la configuración del tipo penal, se requiere que tenga lugar un peligro para un bien jurídico *determinado*<sup>4</sup>. Paradigmáticamente, constituye un delito de peligro concreto el tipo penal de abandono de personas, el cual exige poner “en peligro la vida o la salud de otro”<sup>5</sup>. Aunque, en este caso, se trata de un resultado de peligro. Para la consumación del delito, en consecuencia, es necesario acreditar que la conducta llevada a cabo por el agente ocasionó un riesgo empíricamente verificable para un bien concreto; por ejemplo, respecto del abandono de personas, se debe demostrar que el acusado en verdad puso en peligro la vida o la salud de la persona que abandonó.

<sup>3</sup> En este sentido, GRECO (2004) p. 122.

<sup>4</sup> MÁRQUEZ (2016) p. 64.

<sup>5</sup> ARGENTINA, Código Penal, Art. 106.

El análisis para determinar si una conducta ha ocasionado un peligro concreto consta de dos instancias diferentes. El primer paso consiste en comprobar el carácter *ex ante* riesgoso de la acción; esto es, que, al momento de la realización de esa conducta, era probable que el resultado lesivo ocurriera, con total independencia de lo que haya sucedido después. De acuerdo con la concepción más extendida, el juicio de peligrosidad de la acción se formula desde el punto de vista de un observador imaginario dotado de los conocimientos de una persona *estándar* o *razonable*, a la que deben añadirse los conocimientos especiales del autor concreto<sup>6</sup>. Si este observador ficticio, ubicado en el lugar donde se encontraba el autor al momento del hecho, hubiera advertido que la realización de la acción podía probablemente ocasionar el resultado, entonces debe concluirse que el comportamiento del agente era *ex ante* peligroso. Así, pues, una persona razonable consideraría riesgosa la maniobra automovilística de adelantarse en una curva sin visibilidad, ya que, desde la perspectiva del conductor de ese automóvil, no es posible saber si circula un vehículo en la dirección contraria<sup>7</sup>.

El segundo paso para establecer si ocurrió un peligro concreto requiere analizar si, además de la existencia de un riesgo *ex ante*, la conducta del agente creó un peligro real contra un bien determinado, esto es, el *resultado* de peligro. En líneas generales, para que tenga lugar dicho resultado, deben concurrir dos presupuestos: por un lado, que un bien determinado entre en el radio de la acción peligrosa y, por otro lado, que se produzca una situación de proximidad a la lesión de dicho bien<sup>8</sup>. La comprobación de tales requisitos, a diferencia del juicio de peligrosidad de la acción, se realiza sobre la base de *todas* las circunstancias conocidas con posterioridad al momento en que sucedió el hecho, es decir, de acuerdo con un punto de vista *ex post*.

Ahora bien, según cierta opinión, el concepto de proximidad o peligro de lesión es de naturaleza ontológica: hay peligro concreto si el resultado no ocurrió por razones científicamente inexplicables<sup>9</sup>. El problema de este punto de vista radica en que, con acceso a toda la información cognoscible *ex post*, prácticamente cualquier evento puede ser explicado mediante las leyes científicas, lo que da lugar a un concepto de peligro muy restringido. Por ello, la concepción más extendida recurre a un enfoque normativo: cabe afirmar un peligro concreto si el resultado no se produjo por circunstancias en las que una persona prudente o racional no confiaría<sup>10</sup>. Así, por ejemplo, si en el caso del automovilista que se adelanta en la curva sin visibilidad, efectivamente circulaba un vehículo en la dirección contraria, pero el accidente no ocurrió por una difícil maniobra de evitación realizada por el conductor amenazado, entonces existió peligro concreto, ya que nadie prudente confiaría en la eventual destreza extraordinaria de otro automovilista<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> ROXIN (1997) p. 367.

<sup>7</sup> El ejemplo ha sido extraído de KINDHÄUSER (2009a) p. 12.

<sup>8</sup> MENDOZA (2002b) p. 23; ROXIN (1997) p. 404.

<sup>9</sup> GRECO (2004) p. 120.

<sup>10</sup> GRECO (2004) p. 121.

<sup>11</sup> ROXIN (1997) p. 406.

En contraposición a los delitos de lesión y de peligro concreto, los delitos de peligro abstracto no requieren que la conducta prohibida ocasione un resultado<sup>12</sup>. La particularidad de estos delitos es que la acción descrita en el tipo penal, *en general*, reviste un nivel elevado de peligro, lo cual constituye el fundamento de su criminalización; de todos modos, el carácter peligroso de dicho comportamiento no se menciona en la norma penal. Paradigmáticamente, algunas legislaciones establecen como delito la acción de conducir un automotor por encima de cierto límite de velocidad o con determinado nivel de alcohol de alcohol en sangre<sup>13</sup>. La razón para prohibir estas conductas reside en el grado elevado de riesgo que normalmente involucran para otros participantes en el tráfico. En efecto, aunque los delitos de peligro abstracto no exigen que tenga lugar un resultado, sancionan conductas que, desde la perspectiva de una persona estándar en la posición del autor, como regla general, son *ex ante* riesgosas. Sin embargo, la norma penal solo contiene la descripción del comportamiento generalmente peligroso.

El término peligro abstracto comúnmente se utiliza también para caracterizar a los delitos preparatorios y acumulativos<sup>14</sup>. Aunque estos tipos penales prohíben conductas sobre la base de su peligrosidad y tampoco requieren la producción de un resultado, presentan ciertas particularidades en cuanto al fundamento de su criminalización. Por un lado, 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<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>; 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.

Por otro lado, los delitos acumulativos prohíben conductas que por sí solas crean un riesgo insignificante, pero realizadas en conjunto con otras acciones similares, son capaces de ocasionar un daño a un interés merecedor de protección. La criminalización de comportamientos que infringen normas medio-ambientales es, quizás, el ejemplo paradigmático

<sup>12</sup> Se utiliza el término “resultado” exclusivamente para hacer referencia a la situación de lesión o peligro concreto para un bien jurídico. Empero, no debe entenderse como alusivo a la distinción dogmática entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, pues ambos conceptos no son equivalentes. A este respecto, véanse GRECO (2010) pp. 40-41; MAÑALICH (2021) p. 82.

<sup>13</sup> Así lo hace, por ejemplo, el Código penal español (Art. 379 inc. 1 y 2, segunda parte).

<sup>15</sup> VON HIRSCH y WOHLERS (2016) p. 282.

<sup>16</sup> Se hace referencia al delito previsto en el Art. 189 bis, 4º párrafo del Código Penal argentino, el cual establece: “(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-)”.

de delitos acumulativos. Ciertamente, la emisión de gases con un nivel de toxicidad mayor al permitido por parte de una única fábrica difícilmente sea apta para provocar un impacto significativo en la calidad del aire que respiran los ciudadanos; solo cuando un número importante de establecimientos industriales realizan acciones similares puede ocurrir un daño considerable al medio ambiente. De nuevo, en contraposición con el conductor alcoholizado, quien ya ha hecho todo lo que estaba a su alcance para que tenga lugar el resultado, en estos casos, al agente se lo castiga por un comportamiento que solo crea un peligro relevante si *otras* personas actúan de la misma forma. Los delitos acumulativos, en última instancia, podrían involucrar una forma de responsabilidad por la conducta de otros<sup>17</sup>.

En este trabajo, el análisis de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se limitará a la criminalización de acciones riesgosas que, como la de conducir bajo los efectos del alcohol, materialmente tienen una estructura *similar* a la tentativa acabada; es decir, que, en general, la realización de la conducta prohibida da lugar a todo el riesgo necesario para que se produzca un resultado de peligro concreto o de lesión.<sup>18</sup> Así, pues, a partir del momento en que una persona comienza a conducir alcoholizado un automóvil, sin la capacidad para responder adecuadamente a los riesgos normales del tránsito, el hecho de que alguien corra un riesgo o sufra un accidente, desde el punto de vista del conductor, depende de la casualidad; esto es, de que otro participante del tráfico eventualmente se cruce en su camino, en circunstancias que exijan la realización de una maniobra que, por los efectos del alcohol, él no está en condiciones de realizar. Los delitos acumulativos y preparatorios, en cambio, tienen una estructura diferente, pues, para que ocurra el riesgo capaz de causar el resultado, es necesario que el propio agente u otras personas realicen comportamientos adicionales. Por tal motivo, estos delitos presentan dificultades especiales en cuanto a su legitimación, y requieren, en consecuencia, de un análisis particular.

<sup>17</sup> VON HIRSCH y WOHLERS (2016) p. 293.

<sup>18</sup> La afirmación de que existe cierta similitud, y no una equivalencia completa, entre la estructura material de esta clase de delitos de peligro abstracto y la de la tentativa acabada debe entenderse en un sentido meramente didáctico; ello alude simplemente a que, en ambos casos, con la realización de la conducta prohibida, el agente ya ha desencadenado todo el riesgo de daño que está bajo su control. Sin embargo, nada se dice respecto a la cuestión formal de si el tipo penal de tentativa *de lege lata* es aplicable también a los delitos de peligro abstracto. De la misma manera, puede afirmarse que ciertos delitos criminalizan comportamientos que, desde un punto material, constituyen actos de participación –por ej.: el delito de incitación pública a la violencia colectiva prevista en el Art. 212 del Código penal argentino–; empero, con ello no se asume una postura acerca de si el tipo penal de participación sería aplicable también a esta clase de delitos. Por último, la comparación tampoco implica asumir una posición respecto del elemento subjetivo de los delitos de peligro abstracto; conceptualmente, es posible tanto una tentativa dolosa como imprudente, aunque la mayoría de las legislaciones solo prevean el castigo de la primera. De hecho, como se explicará más adelante, un sector importante de la doctrina alemana y española considera que los delitos de peligro abstracto deben interpretarse materialmente como tentativas imprudentes; tal concepción solo tiene sentido una vez que se comprende que la limitación del castigo de la tentativa, como regla general, a su modalidad dolosa es una mera contingencia del derecho positivo.

### III. LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Como es sabido, resulta imposible, y además inconveniente, prohibir todo comportamiento riesgoso. Las principales actividades necesarias para la vida social, como el suministro de medicamentos y la aplicación de vacunas, el tráfico vial y aéreo, la producción y distribución de alimentos, la construcción de viviendas y otras obras de infraestructura, por solo mencionar algunos ejemplos, involucran riesgos para intereses de terceros, aun cuando se cumplan rigurosamente todas las normas de seguridad que rigen en sus ámbitos respectivos. La única manera de evitar por completo los riesgos que derivan de tales actividades consiste en renunciar definitivamente a ellas<sup>19</sup>. Sin embargo, nadie consideraría como una alternativa viable prescindir de las contribuciones que cualquiera de estas prácticas presta a la vida en sociedad. El balance de costos y beneficios, en definitiva, da lugar a que, como condición para el desempeño de actividades valiosas para la organización social, sea necesario tolerar determinado nivel de riesgo. En este sentido, los delitos que prohíben comportamientos en razón de su peligrosidad deben interpretarse como prohibiciones de crear riesgos *sustanciales* contra intereses de otros<sup>20</sup>, o, mejor dicho, de realizar acciones cuya peligrosidad exceda el nivel de riesgo permitido.

Los delitos de peligro abstracto criminalizan comportamientos que, en general, involucran un riesgo sustancial contra intereses dignos de protección. Así, pues, el motivo por el cual, de acuerdo con algunas legislaciones, es delito la conducción de un automóvil con determinado nivel de concentración de alcohol en la sangre consiste en que, a partir de cierta medida, la ingesta de alcohol deteriora la capacidad para conducir de modo seguro. Según el grado de consumo, el alcohol afecta algunas funciones del organismo que son necesarias para conducir adecuadamente, como la visión periférica o la capacidad de atención y reacción, entre otras habilidades<sup>21</sup>. Por tal razón, con el resto de las condiciones iguales, un conductor que ha ingerido cierta cantidad de alcohol crea mayor riesgo para la seguridad de otros participantes en el tráfico que un conductor que no ha bebido en absoluto, o que, en caso de haberlo hecho, su nivel de concentración de alcohol en la sangre es menor al de aquél.

Ahora bien, aunque el fundamento para castigar la conducción bajo los efectos del alcohol consiste en la creación de un peligro para el tránsito mayor al permitido, es posible que alguien realice efectivamente dicha conducta y, sin embargo, no ocasione *ese* nivel de riesgo. Ello se debe a que el grado de peligrosidad de la acción de conducir depende de múltiples factores, no solo del consumo de alcohol. En consecuencia, un conductor puede tener una concentración de alcohol en la sangre mayor a la permitida, pero el resto de los factores relevantes mantenerse por debajo del estándar de riesgo; de modo tal que, analizadas conjuntamente todas las variables que influyen en la seguridad del tránsito, ese conductor no crea un peligro sustancial para la integridad de otras personas *—i.e.*, un ries-

<sup>19</sup> Sobre este punto, extensamente, Jakobs (1996) pp. 43-44.

<sup>20</sup> Husak (1998) p. 606.

<sup>21</sup> Al respecto, con cita de numerosos estudios empíricos, MÁRQUEZ (2016) pp. 132-142.

go no permitido—. Repárese en el siguiente ejemplo: un automovilista experimentado y con excelentes reflejos, quien supera *apenas* el límite de intoxicación alcohólica permitido, conduce un automóvil de última generación por una calle prácticamente desierta y lo hace durante el transcurso del día; consciente de que ha bebido, además, circula a una velocidad mínima, realiza un trayecto de corta distancia y presta extrema atención a todos los detalles del tránsito<sup>22</sup>. Aunque el comportamiento del automovilista cumple los requisitos del delito de peligro abstracto que prohíbe conducir con determinada tasa de alcohol, como todos los demás factores de riesgo se mantienen por debajo del estándar permitido, él no provoca un peligro mayor al límite tolerable. Concretamente, dicho conductor no crea un riesgo para el tránsito más elevado del que ocasionan automovilistas sobrios en condiciones legamente aceptables, como, por ejemplo, conductores menos experimentados que circulan en autos más comunes, o que realizan trayectos más largos durante la noche.

En definitiva, el inconveniente principal que plantean los delitos de peligro abstracto consiste en que, como toda regla, son sobre-inclusivos<sup>23</sup>; es decir, que, en determinadas situaciones, una persona puede llevar a cabo la conducta descrita en la norma sin que resulten aplicables las razones que justifican la creación de esa norma<sup>24</sup>. En el ejemplo planteado, un automovilista puede conducir con una tasa de alcohol mayor a la permitida —*i.e.*, la acción prohibida—, pero no ocasionar el riesgo que fundamenta tal prohibición<sup>25</sup>. En el ámbito del derecho penal, este carácter sobre-inclusivo de las reglas es especialmente problemático, pues podría dar lugar al castigo de personas que no han realizado un comportamiento materialmente ilícito, esto es, una acción que, desde un punto de vista valorativo, sea digna de reprobación. En efecto, de acuerdo con los fundamentos de la norma que prohíbe conducir con determinada tasa de alcohol, no parecieran existir diferencias relevantes

<sup>22</sup> El ejemplo ha sido extraído de HUSAK (1998) pp. 611-612.

<sup>23</sup> Naturalmente, como toda regla, los delitos de peligro abstracto también dan lugar a problemas de sub-inclusión. A modo de ejemplo, si, para evitar accidentes de tránsito, una legislatura decide sancionar un delito que prohíbe la conducción con determinada tasa de alcohol, ello daría lugar a que otros comportamientos igualmente riesgosos para la seguridad del tránsito, como conducir cansado o mientras se utiliza un teléfono celular, resultarían excluidos del ámbito de aplicación de la norma penal. Este problema de sub-inclusión es propio de las reglas, pues si la legislatura sancionara un delito sobre la base de un estándar amplio de peligrosidad —*v.gr.*: que prohibiera “conducir un vehículo de modo temerario” — evitaría ese inconveniente. De todas formas, el problema de sub-inclusión reviste menor gravedad, porque, en todo caso, solo implica que algunos culpables no pueden ser castigados. Ciertamente, si se acepta la premisa de que es más grave condenar a *un* inocente que absolver a *un* culpable, lo cual fundamenta varios principios del derecho penal —*v.gr.*, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable—, entonces debería suscitar mayor preocupación el problema de sobre-inclusión. A este respecto, véase HUSAK (1998) p. 604.

<sup>24</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) pp. 269-272.

<sup>25</sup> La diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los denominados delitos de aptitud radica justamente en esta característica. Aunque los delitos de aptitud también criminalizan comportamientos *ex-ante* peligrosos y tampoco requieren la producción de un resultado de peligro, en la medida en que consisten en estándares, carecen del problema de sobre-inclusión. Un ejemplo de delito de aptitud puede encontrarse en la primera parte del Art. 379, inc. 2 del Código Penal Español, el cual criminaliza la acción de conducir “un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”. La segunda parte del mismo artículo, en cambio, constituye un delito de peligro abstracto: “En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire respirado superior a 0,60 miligramos por litro o por una tasa de alcohol en la sangre superior a 1,2 gramos por litro”. ESPAÑA, Código Penal.

entre, por un lado, el comportamiento del automovilista experimentado que, a pesar de haber bebido mínimamente más de lo permitido, conduce con extrema precaución y, por otro lado, el comportamiento del conductor sobrio y menos experimentado que realiza un trayecto largo durante la noche. Por tal razón, la aplicación mecánica de los delitos de peligro abstracto, sin tomar en cuenta si el destinatario de la norma provocó *ex ante* un riesgo mayor al permitido, podría involucrar el castigo de personas inocentes.

De todos modos, los delitos de peligro abstracto también presentan una ventaja importante, ya que, como toda regla, establecen de modo preciso el comportamiento que se espera de los ciudadanos; consecuentemente, contribuyen a resolver problemas de coordinación y facilitan una aplicación uniforme, eficiente y más predecible del derecho<sup>26</sup>. Así, pues, la norma que prohíbe la conducción con determinada tasa de alcohol transmite un mensaje concreto sobre el modo debido de actuar. En cambio, la utilización de un estándar amplio, que, por ejemplo, prohibiera conducir en estado de “intoxicación alcohólica”, dejaría a los destinatarios de la norma sin una guía precisa acerca de cuánto alcohol pueden consumir; por consiguiente, muchos ciudadanos bien dispuestos a cumplir con el derecho podrían cometer errores y beber más de la cuenta. En este sentido, las reglas permiten que todas las personas, sin necesidad de realizar cálculos complejos, lleguen a la misma conclusión sobre cómo deben comportarse en circunstancias determinadas.

Asimismo, las reglas facilitan a las autoridades la tarea de aplicación del derecho, lo que permite también dotar de mayor eficiencia, uniformidad y predictibilidad a las decisiones estatales. Si, por ejemplo, un policía de tránsito tuviera que determinar si un automovilista se halla en un estado de intoxicación alcohólica que le impide conducir con seguridad, en primer lugar, él debería contar con los conocimientos para evaluar cómo y en qué medida el alcohol puede afectar las capacidades que requiere la conducción de un vehículo<sup>27</sup>. Y aun si el policía estuviera suficientemente preparado para llevar adelante dicha tarea, realizar una evaluación de esa clase requeriría bastante más tiempo y esfuerzo que si, simplemente, él tuviera que medir con un instrumento el nivel de concentración de alcohol en la sangre del conductor<sup>28</sup>. Con todo, es probable, además, que diferentes policías atribuyan un sentido diverso al estándar de “intoxicación alcohólica”; mientras que algunos podrían interpretar que un conductor se halla en tal estado si, sencillamente, él tiene halitosis alcohólica, en cambio, otros policías podrían considerar necesario que el automovilista no supere una prueba de sobriedad, como pararse sobre un sola pierna o caminar varios pasos y girar<sup>29</sup>.

En este sentido, la creación de un delito de peligro abstracto que se limitara a criminalizar la conducción con determinada tasa de alcohol permitiría evitar los inconvenientes que un estándar como el de intoxicación alcohólica ocasionaría en la aplicación del derecho. Los policías y jueces podrían tomar decisiones con mayor celeridad, las que, a su vez, serían más consistentes y predecibles; en consecuencia, los ciudadanos tendrían una idea

<sup>26</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) pp. 268-269.

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, véase SCHAUER (2009) p. 193.

<sup>28</sup> SCHAUER (2009) p. 193.

<sup>29</sup> Sobre el uso de estándares y el problema de la inconsistencia en la aplicación del derecho penal, véase DUFF (2005) pp. 60-61.

más precisa acerca del comportamiento requerido por el derecho. En definitiva, aunque los delitos de peligro abstracto dan lugar a problemas de sobre-inclusión, que podrían traer aparejado el castigo de personas que no han cometido un hecho merecedor de reproche penal, presentan características que, de acuerdo con razones consecuencialistas, son especialmente ventajosas. Por ello, la propuesta de prescindir por completo de esta clase de delitos, al final, resulta difícil de admitir, pues los valores que las reglas promueven parecen ser necesarios también en el ámbito de la legislación penal.

En conclusión, la sustitución de los delitos de peligro abstracto por normas penales fundadas en estándares, como el de “intoxicación alcohólica”, permitiría, efectivamente, evitar el problema de sobre-inclusión. Solo aquellos conductores que, debido al consumo de alcohol, crearan *ex ante* un peligro elevado para la seguridad de los demás serían alcanzados por tal delito. Sin embargo, de este modo se introducirían criterios mucho más imprecisos en la legislación, los que además de proporcionar una orientación relativamente débil a los ciudadanos acerca de cómo deben comportarse, darían lugar a una aplicación más inconsistente, ineficiente e impredecible del derecho. Una solución adecuada al problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, en cambio, requiere armonizar, al menos en alguna medida, las razones consecuencialistas que subyacen a dicha técnica legislativa con las razones de merecimiento que, en el ámbito del derecho penal, son especialmente importantes. A continuación, se presentarán diferentes perspectivas que han intentado dar respuesta al problema planteado, así como las principales objeciones que pueden formularse en contra de cada una de ellas<sup>30</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DE DIFERENTES PROPUESTAS DE LEGITIMACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

##### 1. EL ARGUMENTO DE LA ARROGANCIA COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE SOBRE-INCLUSIÓN

Una posible respuesta al problema plantea que, verdaderamente, no existe un conflicto entre razones consecuencialistas y de merecimiento, porque el sujeto que viola la norma sin crear un riesgo mayor al permitido es igualmente culpable y merecedor de reproche penal. En este sentido, por la trascendencia que ha tenido su propuesta, merece destacarse la perspectiva de Antony Duff, quien ha defendido especialmente esta posición. Para este autor, la persona que realiza la conducta descrita en el delito de peligro abstracto, pero no ocasiona el peligro que fundamenta dicha prohibición, debe ser castigado por su “arrogancia cívica”, es decir, por considerar que él es superior al resto de los ciudadanos, aun cuando tuviera razón en obrar como lo hizo<sup>31</sup>. Dicho a modo de ejemplo, aunque el automovilista

<sup>30</sup> Las distintas posiciones analizadas pueden considerarse como las tendencias o líneas de argumentación principales. No es posible presentar aquí todas las perspectivas que, particularmente en la tradición alemana, se han desarrollado para dar respuesta al problema. Para un abordaje detallado de la discusión en Alemania, véase GRECO (2010) pp. 4-39.

<sup>31</sup> DUFF (2005) p. 62.

que ha bebido apenas más del límite permitido, y que circula lentamente por una calle desierta, no ocasiona un riesgo relevante para el derecho penal, merecería ser castigado por creer que sabe más que el legislador; esto es, por considerar que él mismo puede determinar cuánto alcohol tiene permitido consumir el conductor de un vehículo.

El argumento de Duff se apoya en la idea de que, en determinadas circunstancias, las personas no se encuentran en una posición adecuada para decidir, según su propio juicio, acerca de cómo actuar de modo seguro. Dado que es frecuente que los individuos tiendan a exagerar sus propias capacidades o a subestimar los riesgos de ciertas actividades, simplemente deben confiar en los límites que establecen las normas<sup>32</sup>. Por supuesto, es perfectamente posible que un conductor *sepa* que puede conducir de modo seguro, aun cuando circule con un grado de concentración alcohólica mayor al permitido. Empero, en tal caso, lo reprochable de violar la norma no consiste en que el sujeto se equivoque sobre el carácter riesgoso de su conducta —de hecho, le asiste razón—, sino, por el contrario, en que su comportamiento involucra una pretensión de superioridad frente a los demás ciudadanos. Es decir, aun cuando el conductor pudiera realizar la conducta prohibida sin ocasionar el peligro que fundamenta el delito de peligro abstracto, en reconocimiento a sus conciudadanos con capacidades normales, y para evitar los riesgos que se derivan de admitir excepciones a las leyes, él debería, a pesar de todo, conformarse a la regla; tal obligación es una modesta carga que él debe tolerar como una implicancia de su condición de ciudadano<sup>33</sup>.

Ahora bien, esta perspectiva tiene varios problemas. Como han señalado diferentes autores, si lo que hace al sujeto merecedor de castigo es su comportamiento arrogante, debería ser castigado por ello, *no* por cometer el delito de peligro abstracto<sup>34</sup>. Por otro lado, es discutible que el comportamiento del sujeto que viola la norma, con consciencia de que obra de modo seguro, deba calificarse como “arrogante”. Así pues, como sostiene Husak, si la arrogancia consiste en reclamar una excepción a una regla que los demás deben cumplir, la persona podría estar perfectamente de acuerdo en que todo aquel que, en el caso concreto, sepa que violar la norma es seguro, sea también exceptuado de cumplirla<sup>35</sup>. Por último, es difícilmente admisible que defectos del carácter como la arrogancia, el egoísmo o la vanidad puedan ser criminalizados *en sí mismos*. Aunque los vicios y virtudes que conformen el carácter de las personas son naturalmente motivo de elogio y reprobación en el marco de relaciones interpersonales estrechas, pareciera que no constituyen un asunto de incumbencia del derecho. En efecto, una premisa del derecho penal de orientación liberal establece que al Estado solo le interesan los actos de los individuos, esto es, aquello que *hacen* a los demás, pero no lo que ellos mismos *son*. Por consiguiente, deberá considerarse a ese defecto de la personalidad como propio de *su* esfera privada y, por tal razón, como algo ajeno al ámbito de injerencia estatal.

<sup>32</sup> DUFF (2005) p. 61.

<sup>33</sup> DUFF (2005) p. 61.

<sup>34</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 275; HUSAK (2013) p. 182.

<sup>35</sup> HUSAK (2013) p. 182.

## 2. EL ARGUMENTO DEL ATENTADO CONTRA EL “ESTADO DE DERECHO” COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE SOBRE-INCLUSIÓN

Por otra parte, Alexander y Ferzan también han desarrollado una perspectiva que pretende compatibilizar los delitos de peligro abstracto con consideraciones relativas al merecimiento de pena. Para estos autores, el individuo que comete el delito sin crear un riesgo de daño mayor al permitido, de todos modos, merece ser castigado, pero por un ilícito diferente a aquellos que *sí* ocasionan el riesgo que fundamenta la prohibición. De acuerdo con este enfoque, en tales casos, el infractor atenta contra el “Estado de derecho”, puesto que aun cuando él tuviera razón en obrar como lo hizo, no muestra suficiente respeto al valor de tener normas que resuelvan los casos para todos los ciudadanos<sup>36</sup>. Más específicamente, Alexander y Ferzan sostienen que deben analizarse dos condiciones para determinar la responsabilidad del sujeto: 1) si él dio suficiente importancia a la posibilidad de que estuviera equivocado en su evaluación del riesgo; 2) si él dio suficiente importancia al valor de tener reglas generales, que resuelvan los casos para todos los ciudadanos —*i.e.*, el riesgo de que su comportamiento pudiera debilitar el mensaje moral del derecho—<sup>37</sup>. Solo cuando el autor cumpla con ambas exigencias quedará exento de toda responsabilidad; en caso contrario, será culpable de poner en riesgo el “Estado de derecho”.

La perspectiva desarrollada por estos autores permite evadir las críticas formuladas a la teoría de Duff. De todos modos, es posible de varias objeciones. En primer lugar, falta precisar qué significa exactamente “dar importancia al valor de tener normas generales” y cuáles son las conductas que pueden poner en peligro ese interés. Si bien los autores sostienen que ambos requisitos son conceptualmente independientes, al final, pareciera que cuando se cumple con la exigencia de evaluación razonable del riesgo (1), también queda satisfecha la condición de valorar la importancia de las reglas (2). En definitiva, es dudoso que, en verdad, se trate de dos requisitos distintos.

Asimismo, también es discutible que el “Estado de derecho” pueda constituir un interés cuya protección justifique la criminalización de una conducta. Ciertamente, algunas consecuencias que se derivan de esta perspectiva resultan muy controvertidas. En rigor, como admiten Alexander y Ferzan, una vez que se reconoce al Estado de derecho como un interés digno de protección penal, debería castigarse por tentativa al sujeto que comete un delito putativo, o sea, a quien lleva a cabo una acción atípica, en la creencia de que existe un tipo penal que prohíbe dicha conducta —*v.gr.*: alguien que, al cometer adulterio, cree realizar un acto penado por la ley—<sup>38</sup>. Empero, ya desde un punto de vista intuitivo, es difícil aceptar que la realización de esa acción pueda dar lugar a un castigo penal.

Las consecuencias problemáticas que se derivan de esta perspectiva se deben a que el fundamento de la culpabilidad del agente, en última instancia, reside en no adoptar una actitud formalista, o, más precisamente, en no obedecer el derecho *por* el hecho de ser el derecho.<sup>39</sup> A este respecto, incluso para quienes defienden una concepción subjetivista de

<sup>36</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 276.

<sup>37</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 276.

<sup>38</sup> ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 277.

<sup>39</sup> DUFF (1996) pp. 157-159.

la responsabilidad penal, y de la tentativa en particular, tal premisa es cuestionable.<sup>40</sup> La punibilidad de la tentativa inidónea de cualquier delito se justifica porque, si la realidad fuera como imagina el agente, su conducta crearía un riesgo contra un interés que merece protección del derecho<sup>41</sup>. Así, el que dispara contra un muerto, en la creencia errónea de que mata, demuestra con su conducta una *disposición* homicida –i.e., la voluntad de atentar contra la vida–. En cambio, el adúltero que asume equivocadamente cometer un delito no manifiesta la disposición de dañar un bien merecedor de protección jurídica, pues, de hecho, la fidelidad matrimonial no configura un interés de esa clase. Dicho de otra manera, con su comportamiento, él simplemente expresa la voluntad de desobedecer el derecho, no la voluntad de atentar contra un interés que merezca la protección del derecho –o, al menos, la protección del derecho penal–. Empero, ello difícilmente puede configurar una actitud capaz de hacer a alguien verdaderamente culpable.

En resumidas cuentas, la propuesta de Alexander y Ferzan pretende demostrar que la persona que comete un delito de peligro abstracto, pero no ocasiona el riesgo que fundamenta tal prohibición, igualmente merece ser castigada, porque atenta contra el Estado de derecho. El problema de este enfoque consiste en que la voluntad genérica de incumplir el derecho, como la que supuestamente manifestarían tanto quien, en tal caso, desobedece una norma de peligro abstracto como el que comete un delito putativo, no proporciona una base adecuada para la imposición de responsabilidad penal. Para considerar a alguien culpable, en cambio, se requiere que el agente manifieste la voluntad de atentar contra un interés que merezca la protección del derecho. Sin embargo, el que comete un delito de peligro abstracto, sin crear un peligro mayor al permitido, no expresa esa voluntad, pues él tiene buenas razones para desobedecer el derecho. En todo caso, él solo manifiesta una disposición a no obedecer por la obediencia misma.

### 3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO LESIONES CONTRA LA SEGURIDAD EN LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES

De acuerdo con cierto punto de vista, los delitos de peligro abstracto representan una modalidad *sui generis* de delitos de lesión. Esta perspectiva, defendida por Kindhäuser, afirma que cuando ciertos bienes se encuentran en una situación de *inseguridad* –i.e., que depende de la mera casualidad que no sean dañados–, ya resultarían menoscabados en su valor, con total independencia de si el daño, finalmente, ocurre; o, expresado con otras palabras, la propia situación de *inseguridad* configuraría una modalidad particular de lesión<sup>42</sup>. Sería irracional, por ejemplo, iniciar una demanda en un tribunal cuando es probable que los testigos mientan, o circular en un vehículo cuando otros conductores están embriagados<sup>43</sup>. La mera existencia de estas conductas riesgosas, sostiene Kindhäuser, recorta el ám-

<sup>40</sup> Sobre este argumento, véase DUFF (1996) p. 159.

<sup>41</sup> DUFF (1996) p. 159.

<sup>42</sup> KINDHÄUSER (2009a) p. 13. Para un enfoque más reciente sobre el problema, que sigue en líneas generales el punto de vista de Kindhäuser, véase MAÑALICH (2021) pp. 79-100.

<sup>43</sup> KINDHÄUSER (2009a) p. 14.

bito de libertad de las personas<sup>44</sup>. Por tal razón, aun cuando tales riesgos no se materialicen en un daño —*v.gr.*: una sentencia fundada en pruebas falsas, un accidente de tránsito, etc.—, o peligro concreto para un bien determinado, igualmente producen una afectación de las posibilidades de desarrollo de los individuos<sup>45</sup>.

La perspectiva de Kindhäuser sobre los delitos de peligro abstracto se fundamenta en su particular concepción de las normas. En efecto, el autor sostiene que, aun cuando el fin de las normas jurídico-penales de comportamiento es indudablemente la protección de bienes jurídicos, en ciertos casos, como en el de la tentativa, la finalidad de la pena no puede ser la protección de bienes jurídicos.<sup>46</sup> En tales supuestos, en que no tiene lugar un menoscabo o lesión del bien jurídico, el comportamiento del agente expresa, sin embargo, una oposición en contra de la norma, al comunicar que la prohibición no rige para él<sup>47</sup>. Entendido el problema en un nivel normativo-comunicativo, argumenta Kindhäuser, entonces también se produce en estos casos un menoscabo *específico*: el de la vigencia de la norma<sup>48</sup>. Esto es así, pues si la norma no vale, se debilitaría su función social, debido a que ya no sería posible confiar en ella como un modelo de orientación del comportamiento.

En definitiva, según esta tesis, los delitos de peligro abstracto penalizan comportamientos que ocasionan un daño a un interés diferente al de los delitos de lesión; concretamente, dichas conductas afectan las condiciones de seguridad necesarias para disponer de ciertos bienes. La consecuencia de ello es que, de acuerdo con este enfoque, los delitos de peligro abstracto no deben interpretarse como un adelanto de la criminalización a un momento previo a que se produzca el daño, sino, por el contrario, como acciones que ya involucran *en sí mismas* una forma particular de daño. La producción de ese estado de *inseguridad*, que impide la utilización racional de algunos bienes, permitiría, según Kindhäuser, justificar la criminalización del sujeto que comete el delito de peligro abstracto, independientemente de si su conducta es apta para causar una lesión posterior<sup>49</sup>.

Con todo, esta perspectiva es problemática. La idea de que cualquier realización de la acción típica conlleva necesariamente una situación de “inseguridad” presupone una noción formal y vacía de dicho concepto, el cual, en última instancia, se identifica con el mero incumplimiento de la norma<sup>50</sup>. Empero, si se utiliza un concepto sustancial de inseguridad, entendido como una situación en la que la producción de cierto daño depende únicamente de la casualidad, entonces es falso que todo comportamiento que coincida con la descripción de la norma penal de peligro abstracto, necesariamente, produzca inseguridad. La afectación real de la seguridad requiere, pues, que la conducta realizada por el

<sup>44</sup> Son bienes jurídicos, sostiene Kindhäuser, las condiciones para el libre desenvolvimiento personal a través de la participación en la vida social y estatal. KINDHÄUSER (2009b) p. 3.

<sup>45</sup> KINDHÄUSER (2009a) p. 14.

<sup>46</sup> KINDHÄUSER (2009b) p. 4.

<sup>47</sup> KINDHÄUSER (2009b) p. 5.

<sup>48</sup> Sobre la distinción entre lesión del bien jurídico y lesión de la norma, véase KINDHÄUSER (2009b), pp. 3-6. Para una crítica del concepto de norma desarrollado por Kindhäuser, puede verse ROBLES (2019) pp. 1-13.

<sup>49</sup> MENDOZA (2002a) p. 50.

<sup>50</sup> MENDOZA (2002a) p. 51.

agente, al menos, sea *ex ante* idónea para ocasionar un daño<sup>51</sup>; solo así pueden las personas sufrir un recorte de las posibilidades de utilización racional de sus bienes. Dicho mediante un ejemplo, no es irracional presentar una demanda ante un tribunal si se sabe de antemano que las mentiras del testigo no influenciarán la sentencia del juez; como tampoco resulta irracional desplazarse en un vehículo si los automovilistas que han bebido no crean un riesgo elevado, o mayor al permitido, de causar accidentes en el tráfico.

#### 4. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS IMPRUDENTES SIN RESULTADO

Conforme a otra opinión, desarrollada especialmente por la doctrina alemana y española, los delitos de peligro abstracto deben ser conceptualizados como la criminalización de conductas imprudentes sin resultado<sup>52</sup>; es decir, representarían una modalidad particular de delitos imprudentes, salvo que, a diferencia de los propios delitos imprudentes, no se exige un resultado lesivo para su consumación<sup>53</sup>. Según esta idea, los delitos de peligro abstracto suponen un adelanto del castigo en el ámbito de la imprudencia, en la medida que, excepcionalmente, el legislador decide criminalizar ya la mera *tentativa*<sup>54</sup>.

Ahora bien, si se entiende que el solo hecho de realizar la conducta descrita en la norma –*v.gr.*: conducir por encima del límite máximo de velocidad– involucra *necesariamente* la violación de un deber objetivo de cuidado, o sea, un comportamiento imprudente, entonces esta teoría no aporta ninguna solución al problema de la sobre-inclusión. La razón de ello radica en que es perfectamente posible llevar a cabo dicha acción sin, a su vez, actuar de manera imprudente, como, por ejemplo, si el conductor supera el límite máximo de velocidad, pero lo hace en circunstancias que no involucran la creación de un riesgo elevado para la seguridad de otros. En tal caso, no existe *verdaderamente* un comportamiento imprudente<sup>55</sup>.

Para otros autores, en cambio, la interpretación de los delitos de peligro abstracto como tentativas de imprudencia exige, como condición necesaria para la subsunción de la conducta en la norma, que el agente, en el caso concreto, haya obrado efectivamente de modo imprudente<sup>56</sup>. De acuerdo con esta perspectiva, no debe equipararse la violación del deber objetivo de cuidado con la mera realización formal de la acción descrita en la norma penal, sino que, además, se requiere que tal comportamiento ocasione *ex ante* un riesgo mayor al permitido<sup>57</sup>. Para que se configure el delito de peligro abstracto, entonces, es preciso comprobar *individualmente*, en cada caso, si la conducta en cuestión, desde la perspectiva de un observador razonable y con los conocimientos especiales del autor, dio lugar al peligro que fundamenta la prohibición<sup>58</sup>. En consecuencia, solo en tal caso podría afirmarse

<sup>51</sup> MENDOZA (2002a) p. 51.

<sup>52</sup> Para una explicación de esta teoría, véanse CEREZO (2002) p. 68; MENDOZA (2002a) p. 68; ROXIN (1997) p. 408.

<sup>53</sup> MÁRQUEZ (2016) p. 86.

<sup>54</sup> MÁRQUEZ (2016) p. 86.

<sup>55</sup> MENDOZA (2002a) p. 58.

<sup>56</sup> CEREZO (2002) p. 69; ROXIN, (1997) p. 408.

<sup>57</sup> MENDOZA (2002a) p. 58.

<sup>58</sup> MÁRQUEZ (2016) p. 86; MENDOZA (2002a) p. 60.

que existió una violación de un deber objetivo de cuidado y, por tanto, que el agente obró de modo imprudente<sup>59</sup>.

Este enfoque, en la medida en que restringe la extensión de la norma penal, soluciona el problema de sobre-inclusión, pues solo admite el castigo de las personas que actúan peligrosamente, más allá de si realizan la conducta descrita en la norma; con todo, el inconveniente es que elimina todas las ventajas de los delitos de peligro abstracto. Ciertamente, como se ha explicado con anterioridad, la principal virtud de esta clase de delitos consiste en que funcionan como reglas y, por tanto, su aplicación no requiere, en general, de la interpretación judicial; por la misma razón, transmiten un mensaje preciso a los ciudadanos sobre la conducta que se espera de ellos. Esta concepción, en cambio, se basa en un estándar amplio de peligrosidad, el cual depende de lo que un observador “razonable” o “atento”, con los conocimientos especiales del autor, consideraría riesgoso. Todo ello exige, evidentemente, de un amplio esfuerzo de interpretación judicial, ya que es preciso analizar *cada* caso, individualmente, para establecer si el agente, en la situación concreta, se comportó de modo imprudente; además, el concepto de observador razonable o atento puede ser interpretado de manera diversa según cada tribunal, lo cual daría lugar a problemas de inconsistencia en la aplicación del derecho. En definitiva, el costo de introducir la exigencia de este análisis particular estriba en la reducción *sustancial* de la precisión que ofrecen los delitos de peligro abstracto; al final, la perspectiva que concibe a estos delitos como tentativas imprudentes, para evitar el castigo de personas inocentes, sacrifica *totalmente* las razones consecuencialistas.

##### 5. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES

De acuerdo con este enfoque, los delitos de peligro abstracto constituyen una presunción de carácter general de que la realización del comportamiento descrito en la norma produjo un peligro concreto para un bien determinado, o, según otra versión de la teoría, una presunción sobre el carácter riesgoso de la acción prohibida<sup>60</sup>. Si bien la formulación tradicional de esta perspectiva calificaba a la presunción como de carácter irrefutable, posteriormente, adquirió mayor aceptación la propuesta de admitir la posibilidad de que, mediante el aporte de prueba en contrario, dicha presunción pueda ser rebatida<sup>61</sup>. Esta teoría, en sus diferentes variantes, no cuenta actualmente con demasiada popularidad<sup>62</sup>, pues, en razón de los cuestionamientos que ha recibido, distintos autores consideran que no puede proporcionar una justificación aceptable de los delitos de peligro abstracto<sup>63</sup>.

En primer lugar, una objeción común que se formula a este punto de vista consiste en que, finalmente, transformaría los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, lo cual sería problemático, porque si el legislador ha decidido sancionar una norma penal de peligro abstracto, se argumenta, es porque pretende prohibir algo diferente de

<sup>59</sup> Un punto de vista similar defiende HUSAK (1998) pp. 625-626.

<sup>60</sup> MENDOZA (2002a) p. 46.

<sup>61</sup> CEREZO (2002) p. 66.

<sup>62</sup> MENDOZA (2002a) p. 45.

<sup>63</sup> Roxin (1997) pp. 407-408.

lo que prohíbe un delito de peligro concreto<sup>64</sup>. Así, por ejemplo, la norma que castiga la conducción de un vehículo con determinado nivel de alcohol en la sangre no requiere que el conductor alcoholizado ponga en peligro a una persona en particular. La idea de que el fundamento de la criminalización de dicha conducta es la presunción de que el conductor alcoholizado ha ocasionado esa situación de riesgo, efectivamente, implicaría equiparar este delito a uno de peligro concreto, ya que, en ambos casos, al agente se le reprocharía lo mismo *–i.e., la producción de un resultado de peligro–*. De todos modos, la crítica solo alcanza a la versión de la teoría que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones de esta clase. Empero, conforme a otra concepción, lo que se presume es la peligrosidad *ex-ante* de la acción prohibida, no la producción de una situación de peligro contra una persona determinada. Es decir, dado que, en general, conducir un vehículo con un porcentaje de alcohol mayor al permitido configura un comportamiento que ocasiona *ex ante* un riesgo elevado para el tránsito, se presume que, en el caso particular, la conducta del agente también ha involucrado ese nivel de riesgo.

En segundo lugar, también se critica a esta perspectiva que, en sus diferentes variantes, daría lugar a una violación del principio de inocencia<sup>65</sup>. Por un lado, si la presunción es de carácter irrefutable, se condena al acusado sin darle la posibilidad de cuestionar un elemento de la acusación. Más específicamente, se le impide aportar prueba respecto de un componente nuclear de la conducta ilícita *–i.e., la peligrosidad del comportamiento prohibido–*. Por otro lado, si la presunción es de carácter rebatible, se invierte la carga de la prueba, ya que, una vez acreditado que el acusado llevó a cabo la acción descrita en la norma *–v.gr., conducir en estado de ebriedad–*, él debería probar que su comportamiento no creó *ex ante* un riesgo mayor al permitido. Esta concepción de los delitos de peligro abstracto, continúa el argumento, infringiría la premisa de que el acusado se presume inocente y, consecuentemente, que la carga de probar el delito corresponde al Estado.

## V. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES REFUTABLES DE LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA PROHIBIDA

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PERSPECTIVA

El dilema entre, por un lado, conservar las ventajas que traen aparejadas los delitos de peligro abstracto y, por otro lado, evitar el castigo inmerecido de personas que han realizado la acción prohibida no admite una respuesta exenta completamente de costos. Cualquier intento de solucionar este problema debería comenzar por reconocer que, o bien se resigna algo de eficiencia para impedir situaciones de injusticia material, o bien se acepta cierto nivel de injusticia material para conservar eficiencia. Las propuestas que, como las de Duff o Kindhäuser, consideran al autor de un delito de peligro abstracto, que no crea un riesgo mayor al permitido, culpable de un ilícito *diferente*, en rigor, solo disimulan el castigo de personas inocentes, pues fracasan en justificar la culpabilidad de tales agentes. Empero, las demás respuestas, en general, tampoco resuelven el dilema de forma apropia-

<sup>64</sup> CEREZO (2002) p. 67.

<sup>65</sup> ROXIN (1997) pp. 407-408.

da. El punto de vista que limita el alcance de los delitos de peligro abstracto al castigo de conductas *ex-ante* riesgosas, como la tesis de la tentativa imprudente, echa por la borda todas las ventajas de las reglas, ya que, al introducir un estándar de persona “razonable” o “prudente”, acaba por convertir a estos delitos en normas fundadas en principios. En el extremo opuesto, la perspectiva que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables maximiza las ventajas consecuencialistas, porque no introduce ninguna limitación a la aplicación de dichas reglas; de todos modos, como la norma de peligro abstracto prevalece frente a todos los resultados sub-óptimos *-i.e.*, las situaciones de sobreinclusión-, autoriza también el castigo de *todos* los inocentes que no crean un riesgo mayor al permitido.

En cambio, de acuerdo con el punto de vista defendido aquí, la teoría de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables, en la medida en que tales presunciones se interpreten como referidas a la *peligrosidad* de la conducta prohibida, *sí* resuelve el problema adecuadamente. En efecto, este enfoque permite equilibrar, en una medida aceptable, las razones consecuencialistas que subyacen la decisión de recurrir a esta técnica legislativa con las razones de merecimiento que se oponen al castigo de las personas inocentes *-i.e.*, quienes no han realizado el hecho ilícito que fundamenta el delito de peligro abstracto-. Asimismo, la objeción de que esta perspectiva involucraría una violación al principio de inocencia, pues se presumiría la prueba de un elemento del delito en contra del acusado, no es para nada contundente. Por el contrario, existen buenas razones para considerar que, bajo determinadas condiciones, la presunción de que la realización de la conducta descrita en la norma ha creado un riesgo mayor al permitido constituye una inferencia válida, la cual no contradice el principio de inocencia. El desarrollo de este argumento requiere formular algunas aclaraciones.

La presunción de inocencia (en adelante, PI) constituye un derecho fundamental de los ciudadanos en los países que se rigen por un Estado de derecho, el cual cuenta con amplio reconocimiento constitucional en distintos sistemas jurídicos<sup>66</sup>. De todos modos, a pesar de su relevancia, las diferencias en cuanto al alcance y contenido de PI suelen ser significativas, y distan de estar completamente resueltas. Desde el comienzo, no resulta claro si lo que debe presumirse durante el proceso penal es la inocencia *material* del acusado *-i.e.*, que él verdaderamente es inocente-, o, en cambio, su inocencia *probatoria -i.e.*, que aún no se ha alcanzado el estándar de prueba necesario para condenar<sup>67</sup>. Tampoco existe consenso acerca de si el reconocimiento de PI conlleva la necesidad de adoptar *determinado* estándar de prueba en el juicio penal, o, por el contrario, si ello configura una cuestión por completo independiente<sup>68</sup>. Asimismo, para algunos autores, PI carece de implicancias en relación a la carga de la prueba, pues la premisa de que corresponde al Estado probar los

<sup>66</sup> ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 221-222.

<sup>67</sup> Para una defensa de PI como presunción de la inocencia probatoria del acusado, paradigmáticamente, véase LAUDAN (2006) pp. 100-106.

<sup>68</sup> Al respecto, véanse FERRER (2016) pp. 266-270; ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 223; DUFF (2012) pp. 52-53.

elementos de la acusación, en todo caso, es una consecuencia que se deriva simplemente del estándar de prueba<sup>69</sup>.

Ahora bien, si se asume una definición que sea lo más robusta posible en términos de protección para el acusado, puede afirmarse que PI, como regla que rige durante *todo* el procedimiento penal<sup>70</sup>, presupone que el Estado tiene la carga de probar más allá de toda duda razonable los elementos de la acusación. De acuerdo con esto, hasta tanto el Estado no haya logrado demostrar la culpabilidad del acusado conforme a dicho estándar de prueba<sup>71</sup>, él debe ser considerado inocente. Expresado de otra manera, que la carga de la prueba corresponda al órgano acusador significa que, si este no logra alcanzar el umbral de suficiencia probatoria, el caso debe ser resuelto en favor del acusado<sup>72</sup>. En consecuencia, él no debe probar nada para ser considerado como inocente, pues es el Estado quien debe derrotar esa presunción, mediante la presentación de evidencia que permita probar más allá de toda razonable su culpabilidad.

Con todo, PI de ningún modo se opone a que la prueba de un hecho pueda inferirse de la prueba de otro. En rigor, esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la prueba del dolo.<sup>73</sup> Si una persona de condiciones psíquicas normales, desde una distancia cercana, dispara con un arma de fuego a la cabeza de otra, en principio, es correcto atribuirle dolo

<sup>69</sup> Defienden la idea de que el reconocimiento de PI no exige la adopción de un estándar de prueba en particular, FERRER (2016) pp. 270-272; LAUDAN (2006) pp. 109-110.

<sup>70</sup> En general, se reconoce *actualmente* que PI se aplica durante todo el proceso penal y no solo durante el juicio. Al respecto, véanse FERRER (2016) p. 249; DUFF (2012) pp. 51-52. En contra, LAUDAN (2006) pp. 93-96.

<sup>71</sup> Los estándares de prueba pueden definirse como criterios que establecen cuándo está justificado dar por probado un hecho; es decir, ellos determinan el caudal de evidencia requerido para aceptar como verdadera cierta circunstancia fáctica que se pretende probar. Tales criterios funcionan como mecanismos de distribución del riesgo de error judicial, ya que, al fijar el umbral que se debe superar para probar los hechos que son objeto del juicio, determinan la frecuencia con que pueden ocurrir ciertos errores. En el procedimiento penal, como regla general, rige un estándar de prueba riguroso, pues, para declarar culpable al acusado, el Estado debe probar más allá de toda duda razonable los hechos que son objeto de la acusación. Ciertamente, aunque no sea posible cuantificar con exactitud el grado de probabilidad requerido por dicho estándar, es indudable que, en comparación con el proceso civil, el dictado de una condena penal requiere un caudal de prueba más importante. En este caso, no basta con el hecho de que, en función de la evidencia disponible, la verdad de la acusación sea la hipótesis más probable; es necesario, en cambio, un grado de probabilidad más elevado, de modo tal que cualquier hipótesis compatible con la inocencia del acusado luzca, además, *irrazonable*. La justificación para adoptar un estándar de prueba más exigente en el proceso penal reside en que, de este modo, se pretende minimizar el riesgo de que acusados inocentes resulten condenados. En efecto, mientras mayor es el caudal de prueba requerido para condenar, disminuye la probabilidad de considerar verdadera una acusación fundada en hechos falsos *-i.e.*, la condena de un inocente-, y, consecuentemente, aumenta la probabilidad de considerar falsa una acusación fundada en hechos verdaderos *-i.e.*, la absolución de un culpable-. Con otras palabras, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable da lugar a una distribución desigual entre el riesgo de que ocurran ambos errores. La razón de ello se explica por la premisa de que condenar a *un* inocente constituye una injusticia más grave que absolver a *un* culpable. Sobre el concepto de estándar de prueba y las distintas funciones que cumple en el proceso, véase FERRER (2021) pp. 109-138. Sobre significado del estándar de prueba más allá de toda duda razonable, véanse CÉSPEDES (2021) pp. 235-239; LAUDAN (2006) pp. 32-62; ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 253-258.

<sup>72</sup> Para algunos autores, este sentido objetivo de la carga probatoria en el proceso penal *-i.e.*, quien pierde si no se alcanza el umbral de suficiente probatoria-, es compatible con atribuirle al acusado la carga de aportar elementos sobre ciertos hechos en particular. Sobre esta idea, véase FERRER (2016) pp. 271-272.

<sup>73</sup> Sobre los criterios para la prueba del dolo, véase RAGUÉS (1999) pp. 379 y ss.

homicida, pues de tales circunstancias fácticas puede inferirse razonablemente la voluntad de matar, o el conocimiento del elevado grado de riesgo contra la vida que involucraba la realización de esa acción, según como se defina el dolo. Si, en cambio, el autor creía erróneamente que el arma estaba descargada y solo pretendía darle un susto a la víctima, le corresponde a él alegar esa defensa, como también aportar la evidencia que permita, al menos, crear una duda razonable sobre la validez de la inferencia probatoria. Empero, nada de esto conlleva una violación a PI.

En este sentido, así como resulta legítimo inferir la prueba del dolo en el caso particular de un conjunto de circunstancias genéricas, también puede inferirse la prueba de la peligrosidad *ex ante* de la conducta en concreto a partir de la realización de una acción que, en general, ocasiona un nivel de riesgo mayor al permitido. Expresado mediante un ejemplo: como, en circunstancias habituales, la conducción de un automóvil con determinado nivel de concentración de alcohol en la sangre ocasiona un riesgo elevado para el tráfico, el acusado, en las circunstancias particulares, también ocasionó un riesgo elevado para el tráfico. Esta clase de inferencia no resulta en absoluto diferente del razonamiento mediante el cual se infiere el dolo del agente a partir de datos objetivos del mundo. De nuevo, mediante un ejemplo: dado que en general los miembros mentalmente capaces de la sociedad x saben que un disparo de arma de fuego a la cabeza es potencialmente mortal, y el acusado es un miembro mentalmente capaz de la sociedad x, entonces él probablemente sabía que de ese modo podía matar. Y, así como cuando se infiere el dolo de datos externos el acusado puede refutar esa inferencia mediante la presentación de evidencia que demuestre lo contrario, también el acusado de cometer un delito de peligro abstracto puede desvirtuar la presunción de peligrosidad de la conducta; para ello, él debe presentar evidencia de que, a pesar de realizar la acción descrita en la norma, debido a las circunstancias especiales que concurrían en el caso particular, no ocasionó un riesgo mayor al permitido<sup>74</sup>. A este respecto, será suficiente para la eficacia de la defensa que él logre producir, al menos, una duda razonable acerca de la creación de ese nivel de riesgo.

La utilización de una regla de esta naturaleza no involucra una violación a PI porque, en definitiva, simplemente constituye una reformulación del proceso inferencial propio del razonamiento probatorio. En efecto, el término presunción a menudo se utiliza en el contexto jurídico para hacer referencia a reglas de diferente naturaleza, lo cual puede dar lugar a ciertos equívocos<sup>75</sup>. En este sentido, es necesario distinguir, por lo menos, entre dos clases de presunciones. Por un lado, aquellas reglas que ordenan al tribunal dar por probado un hecho, aunque no exista evidencia en su apoyo, lo cual permite superar situaciones de incertidumbre —*legal presumptions*—<sup>76</sup>. Así, por ejemplo, la norma que establece que, si en una catástrofe fallecen dos o más personas vinculadas en materia hereditaria, se entenderá que los más jóvenes murieron después que los mayores, constituye una presunción de esta

<sup>74</sup> Una defensa de la concepción de los delitos de peligro abstracto como presunciones no implica sostener que el injusto o ilícito penal de estos delitos radique en una presunción; en todo caso, lo que se afirma es que la conducta descrita en la regla legal permite *presumir* la realización del ilícito penal, el cual, en definitiva, consiste en llevar a cabo una conducta que involucra *ex ante* un riesgo sustancial para intereses de terceros.

<sup>75</sup> ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 231.

<sup>76</sup> ROBERTS y ZUCKERMAN (2012), p. 233.

clase<sup>77</sup>. El hecho de que las personas hayan fallecido en dicha situación trágica no constituye ninguna prueba en apoyo de que ellas fallecieron en el orden cronológico que prescribe la norma, sino que tal hecho se tiene por probado en virtud de dicha disposición legal. Cuando se trata de una presunción que admite prueba en contrario, ello da lugar a una distribución la carga de la prueba, ya que es el interesado en derrotar la presunción quien tendrá la carga de aportar la evidencia requerida para demostrar lo contrario.

Por otro lado, las denominadas presunciones fácticas *–presumptions of fact–* constituyen, en verdad, inferencias probabilísticas, las cuales permiten tener por probado un hecho desconocido en virtud de una relación de probabilidad que lo vincula con cierto hecho conocido<sup>78</sup>. Esta clase de presunciones relacionan circunstancias que, normalmente, ocurren de modo conjunto<sup>79</sup>. Así, por ejemplo, de la posesión de una cantidad reducida de marihuana puede inferirse razonablemente que el acusado tenía el propósito de consumir tal sustancia, y no en cambio un fin de comercialización, porque, usualmente, la tenencia de esa cantidad de marihuana está destinada al consumo. Mientras la conexión entre ambas circunstancias fácticas sea más frecuente, más firme será el fundamento de la presunción. En definitiva, en este caso, no se trata de que una regla legal permita tener por probado un hecho en ausencia de prueba suficiente en su apoyo, sino que, por el contrario, el hecho presumido se encuentra realmente probado en función de una inferencia probabilística válida<sup>80</sup>. Por tal razón, si los delitos de peligro abstracto son entendidos como presunciones fácticas, simplemente establecen que de la prueba de la conducta prohibida puede inferirse más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo mayor al permitido. Por ello, en la medida en que no involucran verdaderamente ninguna inversión de la carga de la prueba, tampoco implican una violación de PI.

Ahora bien, el hecho de que esta teoría proporcione una base adecuada para legitimar los delitos de peligro abstracto no implica que *todos* los delitos de peligro abstracto, tal como se hallan formulados en cierta legislación, sean legítimos. La razón de ello reside en que, para poder inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo no permitido de la realización de la conducta descrita en la norma, debe mediar una relación de determinado grado de probabilidad entre ambas variables, lo cual depende, fundamentalmente, de cuál es el nivel de riesgo socialmente aceptable y de cómo se describa la conducta prohibida. Repárese, de nuevo, en la conducción vehicular bajo los efectos del alcohol. Si la capacidad de conducir de modo seguro resulta afectada recién a partir de una concentración alcohólica de 0,3 gr/l, la conducta penalmente prohibida no podría consistir en con-

<sup>77</sup> ULLMAN-MARGALIT (1983) p. 145.

<sup>78</sup> SCHWIKKARD (1999) p. 24.

<sup>79</sup> ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 232.

<sup>80</sup> Por tal razón, algunos autores sostienen que las presunciones fácticas no son verdaderamente presunciones. En este sentido, ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 232; SCHWIKKARD (1999), p. 25. Más allá de cuál podría ser la expresión más apropiada para designar esta clase de inferencias, se prefiere mantener el término presunción debido a que, en el ámbito del derecho penal, existe un uso extendido de tal denominación para hacer referencia a la teoría que se defiende aquí.

ducir con una concentración alcohólica de 0,3 gr/l<sup>81</sup>. En efecto, como el grado de peligro que ocasiona la conducción depende de muchos factores, y no solo del consumo de alcohol, una reducción considerable en cualquiera de las demás variables relevantes –*v.gr.*; velocidad, volumen de tráfico o extensión del trayecto recorrido– podría compensar fácilmente el mínimo aumento del riesgo producido por la ingesta de alcohol. En cambio, si la conducta prohibida consistiera en conducir con un nivel de concentración alcohólica mayor –*v.gr.*: 0,8 gr/l–, que afectara más intensamente las capacidades que requiere la conducción, la compensación de ese nivel riesgo por la reducción de otras variables sería más difícil y menos probable<sup>82</sup>. En tal caso, entonces, la realización de la conducta descrita en la norma sí permitiría inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo no permitido.

## 2. CONSIDERACIONES ADICIONALES

En contraposición con otras teorías, esta perspectiva da lugar a la consecuencia de que los delitos de peligros abstracto pueden funcionar verdaderamente como reglas. Tanto la policía encargada de controlar el tránsito vehicular, como los jueces que deben aplicar la norma penal, solo deben ocuparse de verificar que el automovilista haya realizado la conducta prohibida, esto es, conducir con un grado de concentración alcohólica mayor al permitido. No es necesario, *en principio*, recurrir a ningún estándar de conductor “prudente” o “cuidadoso”, como tampoco analizar si el riesgo ocasionado por la ingesta de alcohol, en las circunstancias particulares, ha sido compensado por la disminución de otros factores que inciden en el riesgo de la conducción. Por tal razón, la norma transmite, además, un mensaje más preciso a los ciudadanos sobre la conducta que se espera de ellos, quienes, en caso de realizar la acción descrita en la norma, deberán afrontar el inicio un procedimiento penal. Para evitar incurrir en responsabilidad penal, corresponderá al acusado la carga de refutar la presunción de peligrosidad de su comportamiento; es decir, él deberá proporcionar evidencia para crear al menos una duda razonable de que, a pesar de llevar a cabo la conducta prohibida, no ocasionó un riesgo mayor al permitido. A este respecto, deberá acreditar que, en el caso particular, se dieron circunstancias *excepcionales*, pues, debido a que otros factores relevantes se mantuvieron por debajo del estándar de riesgo, finalmente, él se comportó de modo prudente o cuidadoso. En definitiva, desde un punto de vista consecuencialista, la ventaja de la teoría reside en que la carga de derrotar la regla recae sobre el acusado<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Los porcentajes de concentración de alcohol que se mencionan están expresados en gramos por litro de sangre y la referencia es meramente ejemplificativa, sin ninguna pretensión de verdad. Sobre los efectos del nivel de consumo de alcohol en las capacidades para conducir, véase MÁRQUEZ (2016) pp. 117-146.

<sup>82</sup> El *grado* de probabilidad requerido para que pueda inferirse de modo válido la creación del peligro que fundamenta la norma de la realización de la acción prohibida, en definitiva, depende de cuál es el estándar de prueba que rige en el proceso penal; o, más específicamente, depende del grado de probabilidad que exige el estándar de más allá de toda duda razonable. Cuanto más exigente sea dicho estándar de prueba, el grado de probabilidad requerido será mayor.

<sup>83</sup> El hecho que el acusado tenga no solo la carga de alegar la defensa, sino también la de proporcionar evidencia en su apoyo, es relevante, porque permite al tribunal, como regla general, desentenderse de la cuestión de si el acusado creó en el caso concreto un riesgo mayor al permitido. Dicho de otra manera, el tribunal *solo* deberá abordar ese planteamiento si el acusado logra aportar un mínimo de evidencia que brinde sustento a su defensa.

Sin embargo, cabe aclarar que la perspectiva de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables no maximiza *todas* las ventajas de las reglas, ya que, efectivamente, la regla puede ser derrotada por razones que demuestren la injusticia material que provocaría su aplicación –*i.e.*, el castigo de un inocente–. Desde un punto de vista consecuencialista, en cambio, sería más conveniente concebir a los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables. Ciertamente, si la presunción fuera interpretada de este modo, la regla prevalecería frente a todas las situaciones de injusticia material, lo cual permitiría promover aún más la eficiencia, uniformidad y predictibilidad en la aplicación del derecho<sup>84</sup>. De todos modos, en la medida en que se trata de una norma de carácter penal, es necesario tomar en cuenta, al menos en *alguna* medida, consideraciones relativas al merecimiento. Ello se debe a que, aun cuando desde un punto de vista consecuencialista la pena es concebida como una herramienta de regulación social, y no como un mecanismo para darle su merecido a los culpables, constituye una herramienta especial, pues transmite un mensaje de censura o desaprobación moral sobre el comportamiento del agente<sup>85</sup>. Esta dimensión expresiva de la pena<sup>86</sup>, que la diferencia de otras clases de sanciones, requiere que solo sean castigadas aquellas personas que, verdaderamente, merecen ser tratadas de ese modo. La teoría de los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables, si bien maximiza las ventajas consecuencialistas de las reglas, asume un costo demasiado alto, ya que deja *completamente* indefensos a los inocentes que, a pesar de haber cometido el delito, no han realizado un acto digno de reprobación<sup>87</sup>.

Por último, la perspectiva defendida aquí, en comparación con otras teorías, tiene una virtud adicional. Fundamentalmente, al no disimular las implicancias problemáticas que conlleva la criminalización de una conducta mediante la sanción de un delito de peligro abstracto, la teoría contribuye también a promover una actitud más cautelosa respecto de la sanción de esta clase de legislación penal. En efecto, en la medida en que los delitos de peligro abstracto dan lugar al riesgo de condenar a acusados que, a pesar de haber realizado la conducta descrita en la norma, eran verdaderamente inocentes, solo debería recurrirse a la sanción de estos delitos cuando existan razones suficientemente sólidas como para compensar los riesgos que ellos traen aparejados. La decisión de recurrir a un delito de peligro abstracto debería estar siempre precedida de una evaluación rigurosa, a base de información empírica, que tome en cuenta la gravedad de la conducta a prohibir y la medida en que los ciudadanos tienden a incurrir en ella, como también los recursos con los que cuentan las autoridades para controlar dicho comportamiento. Solo una vez que se ha realizado un análisis sobre la base de tales consideraciones contextuales, puede determi-

<sup>84</sup> Al respecto, véase SCHAUER (2009) p. 227.

<sup>85</sup> SIMESTER y VON HIRSCH (2011) p. 8.

<sup>86</sup> Sobre la dimensión expresiva de la pena, véase FEINBERG (1965) pp. 377-423.

<sup>87</sup> Por supuesto, si bien la facultad concedida al acusado de refutar la presunción de peligrosidad de su comportamiento *disminuye* el riesgo de que inocentes acaben por ser condenados, tal riesgo no desaparece completamente, pues es posible que algunos acusados que no han ocasionado un peligro mayor al permitido carezcan de los elementos de prueba necesarios para poder refutar dicha inferencia.

narse si vale la pena asumir el costo que implica la utilización de esta técnica legislativa<sup>88</sup>. En este sentido, y a diferencia de los abordajes que suelen predominar en la literatura del derecho penal, la pregunta por la legitimidad de los delitos de peligro abstracto no admite una respuesta universal, que sea independiente por completo de consideraciones relativas al contexto social.

## VI. CONCLUSIONES

En líneas generales, se ha presentado la discusión sobre la legitimidad de los delitos que criminalizan comportamientos que, normalmente, crean un riesgo *ex ante* mayor al permitido, aunque, en circunstancias excepcionales, la realización de esa conducta puede no ocasionar el nivel de riesgo que fundamenta la prohibición. El dilema que plantea esta clase de normas penales consiste en que, por un lado, transmiten un mensaje más preciso a los ciudadanos acerca de la conducta prohibida y, además, contribuyen a una aplicación más eficiente, consistente y predecible del derecho; empero, por otro lado, dan lugar al castigo de personas que, a pesar de haber realizado la conducta prohibida, no merecen la imposición de una pena, porque el riesgo que ellos ocasionaron se mantuvo dentro de un límite aceptable. Si bien, de acuerdo con algunas teorías, el dilema planteado no es tal, pues el acusado que viola la norma sin ocasionar un riesgo sustancial merecería igualmente ser castigado, tales enfoques fracasan en justificar la culpabilidad del agente en esas circunstancias. A su vez, si bien otros autores proponen castigar al acusado solo cuando él merezca la imposición de la pena, acaban por renunciar completamente a las ventajas de los delitos de peligro abstracto, ya que, al introducir conceptos que requieren un amplio esfuerzo de interpretación, transforman a estos delitos en normas penales fundadas en estándares.

Un modo adecuado de resolver la tensión entre las razones consecuencialistas que subyacen a la decisión de recurrir a esta técnica legislativa con las razones de merecimiento, que en el ámbito del derecho penal son especialmente relevantes, reside en interpretar los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables de la peligrosidad de la conducta prohibida. De acuerdo con esta idea, en la medida que el delito haya sido formulado correctamente, la realización de la acción descrita en la norma permite inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo mayor al permitido. En consecuencia, los delitos de peligro abstracto pueden funcionar verdaderamente como reglas, lo cual permite aprovechar las ventajas que esta clase de normas trae aparejadas en la aplicación del derecho penal. A su vez, se reconoce al acusado la posibilidad de refutar dicha presunción, mediante la presentación de evidencia que permita, al menos, dar lugar a una duda razonable acerca

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, en una sociedad en la que la conducción bajo los efectos del alcohol no ocasionara un número elevado de víctimas fatales, o que contara con numerosos recursos económicos e institucionales para ampliar el control sobre los conductores alcoholizados –*v.gr.*: policías y funcionarios judiciales–, la sanción de un delito de peligro abstracto que criminalizara dicha conducta podría ser injustificada. En cambio, en un contexto social diferente, en el cual los accidentes causados por la conducción bajo los efectos del alcohol fueran más numerosos y los recursos disponibles para lidiar con tal comportamiento resultaran escasos, las ventajas que un delito de peligro abstracto proporcionaría en la aplicación del derecho penal podría justificar la sanción de esta clase de legislación penal.

de la creación de un riesgo mayor al permitido. De este modo, los inocentes que no han realizado una acción digna de reprobación disponen de un medio de defensa contra el castigo inmerecido. Empero, dado que la carga de derrotar la presunción recae sobre el acusado, quien deberá aportar elementos de prueba suficientes para apoyar esa defensa, como *regla general*, los jueces no deben ocuparse de analizar si, en el caso particular, tuvieron lugar circunstancias extraordinarias que compensaran el riesgo ocasionado por la realización de la conducta descrita en la norma.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry y FERZAN, Kimberly Kessler (2001): “Beyond the Special Part”, en DUFF, R. y GREEN, Stuart (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 253-278.
- CEREZO MIR, José (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 10: pp. 47-72.
- CÉSPEDES, Tomás (2021): “Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 44: pp. 233-261.
- DUFF, R. (1996): *Criminal Attempts* (Oxford, Oxford University Press).
- DUFF, R. (2005): “Criminalizing Endangerment”, en DUFF, R. y GREEN, Stuart (eds.) *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 43-64.
- DUFF, R. (2012): “Presuming Innocence”, en ZEDNER, Lucía y ROBERTS, Julian (eds.) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice* (Oxford, Oxford University Press) pp. 51-66.
- FEINBERG, Joel (1965): “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Vol. 49, N° 3: pp. 377-423.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2021): *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2016): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (ed.) *Motivación y racionalidad de la prueba* (Lima, Grijley) pp. 243-273.
- GRECO, Luis (2010): *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)* (Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris).
- GRECO, Luis (2004): “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstracto – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N° 49: pp. 88-147.
- HUSAK, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* (trad. Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons).
- HUSAK, Douglas (1998): “Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, N° 2: pp. 599-626.
- JAKOBS, Günter (1996): *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc).

- KINDHÄUSER, Urs (2009a): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret*, N° 1: pp. 1-19.
- KINDHÄUSER, Urs (2009b): “La lógica de la construcción del delito”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 14: pp. 1-11.
- LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology* (New York, Cambridge University Press).
- MALDONADO, Francisco (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7: pp. 23-63.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 2: pp. 79-100.
- MÁRQUEZ CISNEROS, Segundo (2016): *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto* (Madrid, Marcial Pons).
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2002a): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 9: pp. 39-82.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2002b): *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* (Granada, Comares).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (1999): *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, José María Bosch Editor).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2019): “Normas de conducta”, *InDret*, N° 1: pp. 1-13.
- ROBERTS, Paul y ZUCKERMAN, Adrian (2012): *Criminal Evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. de la segunda edición alemana Diego Luzón Peña [dir.] - Manuel Díaz y García Conlledo - Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas).
- SCHAUER, Frederick (2009): *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning* (Cambridge, Harvard University Press).
- SCHWIKKARD, Pamela (1999): *Presumption of innocence* (Cape Town, Juta).
- SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, Andrew (2011): *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalization* (Portland, Hart Publishing).
- ULLMAN-MARGALIT, Edna (1983): “On Presumption”, *The journal of Philosophy*, vol. 80, N° 3: pp. 143-163.
- VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (2016): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa” (trad. Beatriz Spínola Tártalo), en HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons) pp. 279-302.

## NORMAS CITADAS

ARGENTINA, Código Penal (29/10/1921).

ESPAÑA, Código Penal (24/11/1995).