

DELITOS DE PELIGRO. HACIA UNA DEFINICIÓN POLÍTICO-CRIMINAL Y SISTEMÁTICA. LA FRONTERA DE LO PUNIBLE EN EL DERECHO PENAL

Dr. Mario Eduardo Corigliano.

“El Derecho Penal debe ocuparse no sólo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo y, con ello, del peligro como objeto importante de la investigación criminal”.
W. VON ROHLAND.

1. Elementos para la definición de la concreción del peligro.

El objetivo del presente artículo es el de arrojar algo de luz sobre tan trascendente criterio legislativo, ya que ciertos actos que normalmente debieran considerarse preparatorios, en nuestra legislación han sido previstos y sancionados como delitos independientes.

Es un hecho la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal. Su incorporación al Código Penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables. Tal aumento de los tipos de peligro ha llevado a considerar que esta realidad “se ha convertido casi en el hijo predilecto del legislador”¹.

Este auge en la legislación no siempre fue acompañado por adecuados estudios doctrinales². Durante las discusiones de la Gran Comisión en el “X Congreso Internacional de Derecho Penal” -Roma en 1969-, surgieron grandes divergencias sobre la cuestión por la repercusión que tiene el tema en la interpretación jurisprudencial, marcando una clara incertidumbre sobre la materia. Incertidumbre que, como pone de relieve DELITALA en el “Raport General”³, afecta una multiplicidad de cuestiones: al concepto mismo de peligro, los distintos aspectos que reviste el peligro según los diferentes tipos de delito, la justificación teórica y criminológica de los delitos de peligro, etc.

Dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este artículo. Será preciso identificar el concepto de peligro desde un punto de vista antijurídico y luego analizar si es posible aplicarlo a los llamados delitos de peligro.

¹ LACKNER, “Das Konkrete gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht”, Berlin, 1967, p. 1: en referencia a los delitos de peligro concreto y, en particular, a los de tráfico.

² ESCRIVA GREGORI, “Puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal”, Barcelona, 1976.

³ DELITALA, “Raport General”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, nros. 1 y 2, p. 287 y ss.

Así las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro

son:

- a). La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado.
- b). El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Como indica V. ROHLAND “si falta una de esas dos notas, falta también el peligro”. No hablaremos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. “El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”⁴.

Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso.

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado. En caso contrario -cuando no sea posible determinar tales límites- el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados.

1.1 Delitos de peligro y el dolo

En términos generales se dice que el delito doloso se ha consumado cuando concurren todos los elementos del tipo objetivo en la realización de un hecho, como así que los extremos menores y mayores de las penas, previstas en la Parte Especial de nuestro Código Penal para cada delito, presuponen tal consumación. Pero esto no significa que la punibilidad no pueda extenderse a hechos dolosos no consumados aunque comenzados a ejecutar, pues así lo ha contemplado la Parte General de ese mismo texto legal, al establecer en su artículo 42 cuándo existe la tentativa.

Como se puede apreciar, esta fórmula deja fuera del ámbito de la tentativa los *actos preparatorios* previos a la ejecución del hecho. Tampoco significa que aquellos puedan resultar impunes puesto que por excepción, en la Parte Especial han sido tipificados algunos actos, que normalmente serían preparatorios, como delitos independientes.

Es así que podemos encontrar una serie de descripciones penales que pretenden castigar el ilícito en un área muy anterior a la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado. La doctrina alemana lo ha denominado “Criminalización de un estadio anterior” o en las avanzadas (*im Vorfeld*) de la lesión de un bien jurídico⁵. Este tipo de técnica legislativa tiene su origen en la década del '70 y significó un abierto abandono de las raíces liberales del derecho penal. La criminalización en fases muy anteriores a la lesión de un bien jurídico surge a partir del interés del legislador por aprehender momentos de la conducta criminal que preparan aunque de manera muy poco precisa y unívoca, la

⁴ VON ROHLAND, “*Die Gefahr*”, op. cit. p. 1.

realización de otra u otras conductas criminales. El interés del análisis se traslada entonces a un ámbito de la tutela del bien jurídico donde por las reglas del derecho penal liberal no habría de llegarse, por cuanto allí donde se quiere incidir ahora no hay una efectiva protección de bienes jurídicos, y no la puede haber ya que el objeto protegido no sufre, en forma directa, siquiera el peligro de ser lesionado.

Las herramientas utilizadas para trasladar la tutela tradicional de bienes jurídicos a estos ámbitos “preparatorios” de una conducta criminal son muy variadas, la más común es acudir a la construcción de tipos penales que castigan el planeamiento exteriorizado por la sola posesión de objetos conocidamente utilizados para la realización de un cierto tipo de delitos, o incluso la manifestación de voluntad para realizar hechos criminales por la vía de una asociación ilícita, la que se comprueba con la decisión de dos o más personas que se reúnen para cometerlos pero sin realizar todavía ninguna acción lesiva de bienes jurídicos. Si el derecho penal debe garantizar la tutela de bienes jurídicos entonces debe asegurar igualmente un mínimo ético y esto no es posible si se pretende, por un lado, construir un derecho penal que desee castigar actitudes por la posesión de objetos o intención de delinquir aun fuera del ámbito del control estatal.

1.2 Relación entre dolo de lesión y dolo de peligro

Dolo de lesión y dolo de peligro no son conceptos idénticos, mientras que el dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, puede existir dolo puro de peligro sin dolo eventual de lesionar.

La diferencia entre ambos conceptos radica en el “elemento volitivo” no entendido por la doctrina en forma mayoritaria como consentimiento, sino como “tomarse en serio” o “conformarse” / “confiar en”. Al respecto existen modernas teorías que renuncian ese elemento de voluntad, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor.

Resulta necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto (grado de peligro, dominabilidad o posibilidad de control del riesgo⁵, protección), límites que sean especialmente estrictos en el dolo de peligro e imperativo el real conocimiento y toma de posición del autor ante el peligro, que el sujeto sea consciente de que su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero que no se conforme con el eventual resultado lesivo sino que confíe fundamentalmente en poder controlar el peligro y evitar la lesión. Este criterio diferenciador es el mismo utilizado para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente, por lo que se impondrá igualmente en el caso, el análisis de la relación de ambos conceptos.

⁵ JAKOBS, Günter, “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, en ZStW, Alemania, 97, 1985, p. 751-785.

⁶ El conocimiento de un cierto peligro no significa la decisión del autor a favor de la lesión, sino, lo decisivo es cómo el individuo elabora psíquicamente el conocimiento del riesgo, si lo subestima, no tendrá un justificativo jurídicamente válido de su actitud, y si a pesar de ello, se afirma el dolo, no se tuvo en cuenta la disposición de la acción, puesto que se la juzgó en abstracto, es decir se la presumió.

“Dolo es el conocimiento de la acción y sus consecuencias”⁷

Con esta definición se sitúa JAKOBS entre los modernos defensores de la reducción de este concepto al elemento intelectual prescindiendo por completo del elemento volitivo. Sin embargo, pese a esa contundencia inicial, tal afirmación es matizada al abordar la cuestión del dolo eventual y su diferenciación con la imprudencia consciente, pues, si bien tan sólo exige para el dolo eventual el conocimiento de que la realización del tipo no sea improbable como consecuencia de la acción, ha matizado previamente que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual, esta teoría intelectual no debe entenderse como que el dolo es una situación psíquica dependiente sólo del intelecto. No basta la pura representación de la posibilidad del resultado, sino que es exigible un juicio válido para el autor en el momento de la acción. “Quién no se ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción no tenga consecuencias no ha juzgado aún el resultado como no improbable”. El solo “pensar en ello” sin calidad de juicio puede llamarse imprudencia consciente, pero si el autor tiene el conocimiento “válido para él” de que el resultado puede producirse, desde ese momento puede actuar inmediatamente el motivo de evitación y, por tanto, actúa dolosamente.

En cuanto al dolo de peligro, JAKOBS afirma que se da en cuanto el autor consuma el juicio de peligro exigido por el delito de peligro concreto, existiendo al mismo tiempo dolo de lesión, si el peligro es de una densidad / proximidad relevante en la decisión. “Un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, sin que para él sea razonable, o cuando el peligro no es de una densidad / proximidad relevante en la decisión”.

1.3 Delitos de peligro concreto y de peligro abstracto

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico⁸. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido⁹. El criterio clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. La doctrina española expone como ejemplo de los primeros al delito de conducción temeraria cuyo tipo exige; junto a la conducción con “temeridad manifiesta”; que se pusiere en concreto peligro la vida o integridad de las personas. Patrón de delito de peligro abstracto sería la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, conducta generalmente muy peligrosa, pero sin exigir una concreta puesta en peligro. Esta diferente configuración del tipo objetivo (la exigencia en los primeros del peligro como resultado separado de la acción peligrosa, frente

⁷ JAKOBS, “*Strafrecht*”, at., 2.a, 1991, 8/8, 261. En el mismo sentido en “*Studien*” 1972, 38 s.; 113 ss.

⁸ Según opinión mayoritaria.

⁹ En este sentido, en la doctrina española, QUINTANO, “*Delito de Peligro*”, NEJ, Seix VI, 1954, 481; JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado III*, 3.a, 1965, 472 ss, CORDOBA, RIntDP 1969-I, 373 s.; Delitos de peligro / de peligro presunto.

a la peligrosidad de la conducta como elemento caracterizador de los segundos) impone un tratamiento diferenciado de ambas clases de delitos también en el análisis del tipo objetivo, lo que explica el esquema de trabajo que se expone.

La tesis predominante en la doctrina moderna en que el objeto del peligro común es la colectividad¹⁰, aunque esto no signifique poner en peligro, necesariamente, a una pluralidad de personas sino que esa colectividad puede estar representada por una sola persona, indeterminada *ex ante*, como parte de esa colectividad¹¹. Por ejemplo, el delito de conducción temeraria es un delito de peligro común, exige peligro concreto para la vida o integridad de las personas pero no significa que haya de ponerse en concreto peligro a una pluralidad de personas para que se realice el tipo, basta con el peligro de una sola, considerada no en su individualidad sino en cuanto representante del colectivo de participantes en el tráfico, cuya seguridad se ve menoscabada en cuanto colectivo, por la actuación peligrosa del conductor temerario.

Ejemplo de peligro lo constituye el abandono de un menor de cuatro años con puesta en peligro de su vida (art. 106 del CP argentino); primer juicio de peligro concreto y caso de omisión impropia por la posición de garantía; el incendio o inundación, un estrago mayor (art. 186 inc. 1), la destrucción total o parcial de un objeto cualquiera por medios explosivos hace viable el deterioro de la seguridad pública (parágrafo 311 CP alemán).

Si la destrucción de un objeto mediante un medio explosivo puede producir un daño en la tranquilidad pública (parágrafo 311 del CP alemán) –efecto de naturaleza social- lógico es suponer que los eslabones precedentes de la relación causal también tienen total o parcialmente idéntica condición.

En nuestro Código Penal son formas de delito preterintencional y consideradas peligrosas sólo por imperio legislativo: las lesiones graves del art. 90, el duelo (art. 97) por el solo quebrantamiento de la norma al margen del resultado, caso de peligro abstracto, la instigación a provocar un duelo (art. 99) vale por sí misma aunque éste no se produzca (peligro abstracto), promover o facilitar la entrada o salida del país de menores para que ejerzan la prostitución (art. 127 bis) conducta que se halla en el tipo subjetivo del dolo sin perjuicio del resultado y nuevo caso de peligro abstracto. Contraer matrimonio con impedimentos legales (art. 134) delito de peligro abstracto, ya antinormativo en otro ámbito y por ello su criminalización podría vulnerar la garantía de “*non bis in idem*”, entre otras figuras.

¹⁰ Esta es la tesis hoy mayoritaria, con diversos matices. Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, 1994, 32 ss.

¹¹ SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), 23; WENZEL, *Strafrecht*, 11.a, 1988, 52 ss.: “Peligro común es el peligro que afecta a la colectividad, al público, bien en su pluralidad de individuos (objetos), bien en la indeterminación de la individualidad. Peligro común no es, por tanto, sólo la puesta en peligro de una pluralidad de objetos, con independencia de la determinación o indeterminación de su número, sino también la puesta en peligro de un solo objeto indeterminado como parte de la colectividad”.

Pocos ejemplos bastan para observar que el desencadenamiento fáctico, originado por el peligro, no sólo abarca fenómenos naturales¹² sino también sucesos de índole social en los que intervienen como protagonistas los hombres colectivamente considerados.

Por su parte la categoría de los llamados “delitos de peligro abstracto” ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de toda pena estatal, la prueba de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello sucede por cuanto suele pretenderse que los citados delitos “son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque en verdad ello no ocurra). Con ello no sólo se violenta el derecho a la “presunción de inocencia” (que exige el Estado como condición para imponer penas, la prueba de todas y cada uno de los presupuestos de punibilidad y que correlativamente no requiera al imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad) sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas¹³.

1.4 El problema de los bienes jurídicos legalmente tutelados

Es una cuestión completamente diferente¹⁴ un sistema jurídico que satisfaga el principio de ofensividad, es decir, que tutele legalmente los bienes, en particular constitucionales y más aún los que interesan a las personas. La respuesta por demás negativa equivale a una pesada carga de ilegitimidad político constitucional del ordenamiento penal positivo. Nuestro sistema penal, como tantos otros, desde hace muchos años ha sufrido una creciente crisis inflacionista.

Esta crisis se ha manifestado en una expansión inflacionista de cantidad de bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, tal los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moral pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún valorativos que derogan

¹² BAIGUN, David, “*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*”, 1967, 21 ss. “... los bienes protegidos por la ley no sólo son objetos corporales o tangibles sino también intereses de entidad social”.

¹³ OUVIÑA, Guillermo “*Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal*”, Teorías actuales en el Derecho Penal, 75°. Aniversario del Código Penal, Ad-Hoc 1998, p. 92. Entre tantos que cuestionan la legitimidad de la categoría de los llamados “delitos de peligro abstracto”: sistemas penales de Derechos Humanos en América Latina. Informe final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), p. 28 ss.

¹⁴FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*” Revista Derecho Penal, 2004. Traduc. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar sólo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto; distinguido por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los “actos preparatorios” o “dirigidos a” o “idóneos para poner en peligro” o similares.

Sin contar con la persistencia en nuestro ordenamiento de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra uno mismo, desde la ebriedad al uso de estupefacientes. El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en años pasados, es puramente la vanificación del concepto de “bien penal” como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad de bienes del todo casual y contingente equivale, en efecto, a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados revista por otra parte una importancia no sólo científica sino también política, formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma. Si como escribió IHERING, “la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales” y que “poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad” resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro Derecho Penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas¹⁵, aún por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra Constitución, que, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

Estándar constitucional

La Constitución Argentina consagra como estándar vigente en nuestro orden jurídico que no puede haber castigo penal sin la ofensa a un interés -bien jurídico- individual de la persona humana en sí misma o de su proyección social.

La jurisprudencia nacional y nuestra dogmática registran la regulación de este estándar constitucional en distintos roles en función de garantía frente a la potestad estatal de castigar.

El estándar constitucional del bien jurídico prohíbe al legislador la estructuración de supuestos de hecho (tipo penal) que no supongan necesariamente una afectación del bien

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

jurídico, en grado de peligro o de lesión, siendo axioma inequívoco en el tema de los casos de peligro que el riesgo dimane por sí solo de ese comportamiento, pues si para que nazca éste, es necesario otro comportamiento futuro, conculca la garantía¹⁶.

Conforme a los arts. 1, 16, 28 y 33 de la Constitución Nacional, el estándar que expresa la noción del bien jurídico constituye el instrumento imprescindible para que el juez pueda declarar inconstitucional para el caso concreto la conminación de la escala penal en abstracto, cuando en relación a todo el sistema represivo y los valores de la Constitución, ésta aparezca como irrazonablemente desproporcionada frente a la naturaleza del bien jurídico objeto de la protección y su forma comisiva de ataque.

1.5 Delitos de peligro e imprudencia

El recurso a tipos de peligro plantea importantes problemas dogmáticos y prácticos en relación a la prueba del resultado y a la relación de causalidad. Las dificultades aumentan cuando hemos de determinar si estos tipos de peligro pueden ser cometidos de forma imprudente en la medida en que ambas modalidades -delitos de peligro y delitos imprudentes- tienen como finalidad común, en última instancia, sancionar conductas que infrinjan “el cuidado mínimo” exigible al autor. El incremento del riesgo permitido es elemento esencial en la determinación de la tipicidad de la conducta tanto respecto de la creación del peligro -pues sólo será típico aquél que exceda el permitido en un ámbito donde la tecnología no logra descartar un riesgo restante- como de la existencia de una conducta imprudente¹⁷.

En principio no parece que se pueda oponer objeción a la descripción del contenido de los delitos imprudentes de peligro como creación de un peligro típico de forma imprudente. Sin embargo, la conjugación “delito de peligro-imprudencia” dogmáticamente se enfrenta a cuestiones abiertas. “La infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal”. Dicho resultado puede consistir tanto en un resultado separado de la conducta (“resultado” en el sentido estricto de los delitos de resultado que constituyen la inmensa mayoría de los delitos imprudentes) como en la parte objetiva de la conducta descrita en un tipo de “mera actividad”. Según esta tesis, se pueden cometer de forma imprudente tanto delitos de lesión (aquellos que menoscaban el bien jurídico protegido) como delitos de peligro (aquellos que no lesionan, menoscaban o destruyen el bien jurídico protegido sino que simplemente lo ponen en peligro) y, tanto en delitos de resultado (aquellos en los que para la consumación del delito se exige la producción de un efecto o la creación de un estado de cosas independiente y separable de la acción en el mundo exterior)

¹⁶ BUTELER, José A. (H) “*Garantías y Bien Jurídico*”, Ad-Hoc 1998, p. 414.

¹⁷ PAZ, M. de la CUESTA AGUADO, “*Imprudencia y Energía Nuclear*”, Buil Free Home Pages, : Conductas imprudentes serán, por un lado, aquéllas que se realicen sin el cuidado exigible en el ámbito en que se desarrolle -el operativo que infringiendo las normas básicas de cuidado actúa y produce un resultado típico- y, por otro, aquéllas en las que la conducta se ha realizado cuidadosamente pero con error vencible respecto de si el hecho es constitutivo de infracción penal.

como en delitos de mera actividad (aquellos en los que el tipo se consume con la simple realización de la acción típica). Es en la conjugación de ambos criterios de distinción (en atención a la afectación al bien jurídico protegido y en atención a la estructura típica) donde surgen las principales cuestiones.

Una tercera vía, absolutamente minoritaria, para fundamentar la identidad entre el dolo (eventual) de lesión y el dolo de peligro es la que considera a ambos y a la imprudencia consciente como una categoría intermedia entre el auténtico dolo (la intención *-absicht-* en la terminología alemana o dolo directo o directo de primer grado, en la española) y la imprudencia.

La tesis es defendida en la doctrina antigua por STOOB¹⁸, v. LILIENTHAL¹⁹ y MIRICKA²⁰, entre otros, articulada como propuesta de *lege ferenda*. Esta idea de insuficiencia de la común dicotomía dolo / imprudencia en la elaboración de los marcos penales que la acogen en la doctrina moderna, autores como ESER, WEIGEND y SCHÜNEMANN, quienes proponen de *lege ferenda* la creación de tres grados diferentes, incluyendo juntos en el grupo intermedio al dolo eventual y a la imprudencia consciente.

Esta regulación simplificaría las cosas, al obviar las dificultades derivadas de la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y de éstos respecto del dolo de peligro, pero, como señala ROXIN, olvidaría la diferencia cualitativa entre el comportamiento doloso y el imprudente y, por tanto, no parece recomendable.

1.6 Delitos de peligro y dolo eventual

En cuanto al dolo eventual propiamente dicho, la posibilidad es aceptada en su solución y parece el supuesto muy ilustrativo ante los requisitos exigidos por la figura de “tentativa con dolo eventual”. La cuestión parte de una teoría ecléctica del dolo eventual, la cual, a pesar de referirse a la necesidad de consentimiento o aceptación del resultado, se acerca mucho a una teoría cognitiva, pues para la delimitación entre el dolo y la imprudencia se acude al criterio de si el sujeto ha previsto o “ha contado con” el resultado. Así se afirma que en el dolo eventual se presenta el daño al infractor *ex ante* como probable y pese a ello consiente en realizar la acción aceptando o consintiendo sus eventuales consecuencias, en tanto que en los casos de culpa consciente tal posibilidad se ofrece a los conocimientos del autor pero contando con que tal resultado no se producirá²¹.

¹⁸ STOOB, “*Motive*”, 1894, 29; ZStW 15 (1895), 199 ss. Sostiene que el llamado dolo eventual entendido como consentimiento en el resultado lesivo, no es dolo de lesión (pues “querido” es sólo lo causado conforme a los propios deseos y lo causado sin desearlo, pero reconocido como consecuencia necesaria de una actuación que se ejecuta conforme a los propios deseos) y es algo más que imprudencia: es dolo pero de peligro, un estadio entre el dolo y la imprudencia.

¹⁹ LILIENTHAL, ZStW 15 (1895), 318 s.

²⁰ MIRICKA, “*Formen*”, 1903, 185 ss. Aplica su tripartición de las formas de culpabilidad (intención, culpa consciente, culpa inconsciente o imprudencia) a los delitos de peligro, llegando a la conclusión de que el contenido de la parte subjetiva de la puesta en peligro consciente es idéntico al de la lesión consciente, por tanto, identidad de las categorías denominadas dolo eventual de lesión, imprudencia consciente y dolo de peligro.

²¹ La figura penal de la conducción temeraria constituye una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio superadora de las dificultades que puede plantear la tesis del dolo eventual.

Esta cuestión produjo amplia discusión en la doctrina antigua donde se podía apreciar la existencia de varias posturas al respecto. Dolo de peligro y dolo de lesión no son compatibles, salvo que uno de ellos sea eventual, y el dolo de lesionar lleva implícito necesariamente el dolo de poner en peligro el bien jurídico que se lesiona.

BINDING²² afirma la existencia de dolo de peligro puro, referido a la puesta en peligro consciente, y que el dolo de lesión y el dolo de peligro se excluyen entre sí en la medida que ambos tienen como objeto el mismo bien jurídico, pues “es completamente imposible que alguien quiera, al mismo tiempo, destruir o no destruir, sino sólo poner en peligro el mismo objeto”.

Por su parte V. LISZT²³ sostuvo una postura intermedia, al admitir la compatibilidad entre el dolo de peligro y el dolo de lesión, siempre que al menos uno sea eventual, siendo indiferente cuál de ellos lo fuera. Pero considera imposible que ambos concurren como dolo directo.

La doctrina mayoritariamente entendió que el dolo de lesionar lleva implícito forzosamente el dolo de poner en peligro, partiendo de presupuestos contrapuestos a los de BINDING, esto es, que el peligro es un estadio previo a la lesión, que la precede necesariamente y, por tanto, quién quiere lesionar ha de querer la puesta en peligro concreto del bien jurídico al que se refiere el dolo de lesionar.

En la doctrina moderna es también prácticamente unánime esta tesis²⁴ en atención a la estructura y el contenido de injusto de estos delitos.

La cuestión de los criterios conforme los cuales hay que determinar el peligro requerido en cada caso, con la creciente importancia de los delitos de peligro, ha llegado a ser tan controvertida en los últimos tiempos que necesitaría un tratamiento separado en el marco de la imputación. Los ejemplos clásicos los proporcionan el incendio agravado y la conducción en estado de embriaguez, pero también pertenecen a esta clase de delitos los “delitos de actitud”.

1.7 Conducta peligrosa ex ante en la “Teoría del delito”

Nuestro modelo de Estado sugiere decidir sobre una alternativa básica de prevención que combine la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con garantías sino también con alternativas que ofrezcan otros principios limitadores.

“Sólo una prevención limitada podrá desarrollar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán ser conciliadas las exigencias de prevención general positiva”²⁵.

²² BINDING, “*Normen IV*”, 1919, 401 ss., donde identifica dolo de peligro y dolo eventual de lesión.

²³ VON LISZT, “*Verhandlungen*”, 1897, 132; Lehrbuch, 22.a, 1919, 167. En el mismo sentido se manifiesta WILHELMI, Konkurrenz, 1912, 27.

²⁴ CRAMER, *NJW* 1964, 1837, afirma que “el dolo de peligro es parte constitutiva del dolo de lesión”, puesto que a toda lesión le precede temporalmente, como estadio previo. (*Vorstufe*), la puesta en peligro del bien jurídico atacado.

²⁵ MIR PUIG Santiago, “*Revisión de la teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho*”, Cuaderno I, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho –UBA- 2001.

La función del derecho penal, en este caso, no se manifestará solamente en la función de la pena y en la medida de seguridad sino al prohibir los delitos. Las normas primarias buscan motivar al ciudadano a no delinquir²⁶ y que respete los límites que exige la doctrina penal al determinar los requisitos mínimos para conceptuar el delito como infracción de la norma. En este caso, también la “teoría del delito” y no sólo de la pena, se deberá basar en la función de una prevención limitada del derecho penal.

El injusto penal ha de ser imputable a la infracción personal de una norma primaria. El derecho penal constituye un conjunto de normas dirigidas a desalentar la comisión de ilícitos mediante prohibiciones o mandatos constituidos por normas primarias las cuales tratan de prevenir la producción de lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos y previstas en los tipos penales, no justificadas. Un derecho penal que se dirija al sujeto mediante prescripciones intenta impedir resultados lesivos prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan *ex ante* como capaces de producir dichos resultados (disvalor de la conducta). Esto supone toma de posición en el concepto de antijuricidad y su relación con la tipicidad.

Así la antijuricidad penal se distinguirá, de otras formas de antijuricidad, por exigir un disvalor de resultado especialmente grave y / o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal en condiciones determinadas. Este resultado ha de ser imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad.

La antijuricidad deberá comenzar por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal. Los tipos penales describen siempre hechos efectivamente acaecidos, ya sea el resultado de una conducta, ya se trate de conductas no necesitadas de resultado y en la medida en que la conducta resultare efectivamente típica. Así podremos decir que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta) y que la antijuricidad objetiva parte de la valoración negativa de tales resultados, es decir, el disvalor de resultado²⁷.

Será distinto el disvalor en los delitos en que el resultado es una lesión de un bien jurídico que en aquellos cuyo resultado es una puesta en peligro ya que en los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos, o a su vez y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un disvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto y los hallamos más cercanos a la lesión.

²⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÀN, “PG”, p. 57 ss. Estos autores se refieren a la motivación que ejerce la pena y en el texto se mantiene que también la norma primaria tiene una función motivadora como forma de prevención general positiva.

²⁷ Al respecto, el resultado vale, en principio, tanto para los delitos que exigen un efecto separado de la conducta (delitos de resultado), como para los delitos que sólo requieren una conducta (delitos de mera actividad), pues se habla de resultado en el sentido ideal, no material, de lesión o puesta en peligro resultante *ex post*, que puede tener lugar en una como en otra clase de delitos. Por otra parte, aunque en los “tipos de peligro abstracto” no es preciso poner en peligro ningún bien jurídico concreto, se puede hablar de puesta en peligro *ex post*, en el sentido de que requieren como resultado una conducta estadísticamente peligrosa. Lo mismo se puede decir de la “tentativa inidónea”, por lo demás, se prescinde de la posibilidad de que el resultado lesivo o de peligro deje de ser disvalioso por existir una causa de justificación.

Ahora bien, en los delitos de resultado (como el de homicidio) el disvalor del mismo presupone que aquél pueda ser imputado a una conducta peligrosa como resultado de ella y para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión es necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante*. A fines del adelantamiento de la punición, si la función del derecho penal es evitar los resultados típicos, sólo podrá lograrlo desvalorando y, en su caso, prohibiendo conductas humanas cuya capacidad para producir aquéllos pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización, es decir *ex ante*.

Desde un punto de vista (exclusivamente *ex post*) se desvalora toda acción efectivamente causal de lesión, aunque *ex ante* aparezca como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello lleva a los conocidos inconvenientes que trató de superar la “teoría de la adecuación” primero, y la “teoría de la imputación objetiva” posteriormente.

Si hubo disvalor de resultado valorado *ex post* se presupone también existió disvalor de la conducta (a valorar *ex ante*), y se debe a la peligrosidad para el bien jurídico advertida en la conducta en el momento de ser realizada, *ex ante*. En tanto, el disvalor de la conducta *ex ante* exige que aquella situación se deba a una conducta suficientemente peligrosa situada en la real posición de autor. Si la lesión de un bien jurídico no aparece como resultado de la elevación de riesgo o de la realización del riesgo propio de una conducta disvaliosa, no se podrá desvalorar como resultado objetivamente imputable.

Cuando la valoración jurídico penal objetiva de un hecho depende de si éste se realizó voluntariamente y a conciencia de los elementos que lo hacen típico o, por el contrario, sin voluntad o sin dicho conocimiento, el derecho penal distingue tipos dolosos y tipos culposos señalando mayor pena para los primeros.

Ello se debe no sólo a la imposibilidad de reprochar un hecho a quién no es consciente de sus actos, perspectiva que importará a la hora de imputar una infracción personal a la norma, sino también a la mayor peligrosidad que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal, estaremos así ante un caso de dolo directo de primer grado, o de que se realice pese a saber seguro que producirá ese resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar o esperar no poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de ser considerado como factor que disminuye la peligrosidad de la conducta el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Todo ello explica que las conductas se valoren objetivamente y de forma distinta ante una lesión voluntaria y consciente a la de una lesión no deseada, aunque sea imprudente.

Ante el disvalor de la conducta, como peligrosa *ex ante* y como dolosa o imprudente, será necesario para completar el juicio de disvalor, propio de la antijuridicidad, que también pueda ser afirmada la infracción de una norma, de esta forma se dará la primera condición de la imputación personal, segunda parte de la teoría del delito.

Dicha antijuridicidad de un hecho requiere de la realización de un tipo imputable a una conducta peligrosa *ex ante* voluntaria y la ausencia de causas de justificación. Sólo coincidiendo ambos aspectos podrá completarse la antijuridicidad material de un hecho ilícito.

Por su parte las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar en forma adelantada y en estadios muy remotos el ataque a un bien jurídico y requiere tanto la efectiva concurrencia *ex post* de un interés superior (falta de disvalor de resultado), como su apariencia *ex ante* (falta de disvalor de la conducta).

Así, la incapacidad de evitación del hecho puede proceder de alguna de las causas de inimputabilidad (art. 34 C.P.) cuando lleguen al grado de excluir por completo la posibilidad de evitar materialmente el hecho.

Por último, en este capítulo, debemos remarcar que la punibilidad aunque adelantada en su control a un estadio previo a la lesión afecta a todas las categorías del delito como hecho punible. La decisión acerca de si la conducta dañosa es imputable a su autor estará determinada por el disvalor de la conducta peligrosa anterior (delitos de mera actividad) y el disvalor de resultado exigirá que la conducta típica resulte lesiva o peligrosa. Aunque también en estos casos será necesario que la conducta aparezca *ex ante* como idónea para realizar el tipo.

1.8 Enjuiciamiento del peligro y estructura del injusto

Si bien ha sido rechazada la identificación realizada normalmente por la doctrina entre juicio *ex ante* / *ex post* y acción / resultado como objeto de enjuiciamiento del peligro, sobre la base que cabe constatarse un peligro *ex post* sin que ello suponga un “resultado de peligro” – momento consumativo de los delitos de peligro concreto-, sino un peligro como atributo de la conducta, el paralelismo entre perspectiva *ex ante* / *ex post* y disvalor de la acción / disvalor del resultado, respectivamente, puede ser asumido como criterio de ordenación sistemática del tipo del injusto, a partir de la metodología teológico-valorativa que comienza a ser mayoritaria en la doctrina²⁸. El enjuiciamiento del peligro no depende únicamente de la perspectiva a adoptar para su determinación, sino que, partiendo de un grado objetivo de conocimientos ha de tomarse en cuenta otro criterio de concreción del mismo, y combinarse con el anterior, lo cual puede llamarse “momento del juicio”. Consecuentemente dicho criterio tendrá que manifestarse también en la estructura del injusto, operando además como elemento gradual de éste y por tanto del merecimiento de pena, de la misma forma que lo es del grado de peligro.

1.9 Disvalor de la acción y disvalor de resultado

²⁸ ALCÁCER GUIRAO Rafael, “Desvalor de acción y Desvalor de resultado”, ... implicará que dicha ordenación sistemática, al venir inferida de consideraciones materiales relativas al fin del Derecho Penal de protección de los bienes jurídicos, estará estructurada en torno al criterio del peligro como factor de merecimiento de pena del hecho punible. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 9, p. 456.

Para establecer esta estructura será preciso, no obstante, plantear algunas cuestiones previas. En primer lugar, negar el paralelismo *ex post* / resultado de peligro y afirmar en cambio el que vincula un juicio *ex post* con el disvalor de resultado implica diferenciar el contenido de resultado de peligro (o de lesión) con el disvalor de resultado. Éste no será concebido, así, como resultado natural separable fácticamente de la acción, sino como “peligro *ex post* o lesión del bien jurídico”. Por tal concepción no se entenderá una idea de resultado típico, según la cual, en la medida en que también la conducta típica ha de “resultar” efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados²⁹. De forma que la tentativa inidónea también poseerá un disvalor de resultado al ser también la realización de una conducta típica. Por el contrario, el disvalor de resultado de que se parte es de carácter esencialmente material, basado en la idea de peligro. Pero este peligro tampoco vendrá configurado a partir de la peligrosidad estadística, ese grado de peligro es absolutamente indiferente para el Derecho Penal, tanto en el aspecto material de merecimiento de pena como en el sistemático en lo inherente a su plasmación en la estructura del injusto. El peligro a través del cual podemos hablar de un disvalor de resultado no es, en suma, ni el resultado de peligro propio de los delitos de peligro concreto ni el peligro estadístico, sino el peligro de la acción contemplado *ex post* al comienzo de la acción. Este disvalor de resultado podrá darse tanto en los delitos de resultado como en los de actividad y en la tentativa, si bien únicamente en la idónea no así en la inidónea, definida precisamente como la ausencia de peligro *ex post*. Respecto a los delitos de peligro abstracto la cuestión es más compleja. La presencia de un disvalor de resultado: peligro o lesión del bien jurídico, dependerá de cómo se conciba el bien jurídico protegido. Si el protegido se entiende como bien jurídico colectivo (por ejemplo, la seguridad del tráfico en el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas), la realización de la conducta típica implicará ya la consumación: la lesión del bien jurídico, pudiendo afirmarse entonces un disvalor de resultado en los mismos. Si en cambio, el bien jurídico protegido se concibe en forma personal³⁰, vinculado a los bienes esenciales de la persona, podrá negarse la existencia de un disvalor de resultado, puesto que para su punición bastará la peligrosidad *ex ante* de la conducta, objeto del disvalor de acción.

Como se ha dicho, según dicha configuración del disvalor de resultado, la tentativa inidónea *ex ante* peligrosa, o idónea *ex ante* o inidónea *ex post*, carecerá de disvalor de resultado. Debe plantearse entonces una corrección político criminal de la exigencia, según la cual sólo las acciones en las que se dé un disvalor de resultado podrán ser sometidas a una pena y plantearse el límite de la punición en la tentativa.

Por otra parte, un Derecho Penal que pretenda cumplir su fin preventivo no debe dejar impunes las conductas cuya peligrosidad sería apreciada por cualquier ciudadano situado en el momento inicial de su realización. Si la norma pretende motivar negativamente a los ciudadanos

²⁹ MIR PUIG Santiago, “Derecho penal”, PG 4.^a ed. 1996, lección 4/46.

³⁰ Sobre la polémica en relación a esta cuestión, por un lado HASSEMER, “*Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*”, NSTZ, 1989, p. 553 y ss, el mismo en “*Jenseits der Funktionalismus*”, KAUFMANN, Arthur- Festschrift zum 65.^a, Geburstag, 1989, p. 85 y ss., defensor de una concepción personalista del bien jurídico.

debe dirigir la prohibición o el mandato en el momento en que éstas fueran a realizarse, desde el aspecto positivo de la norma la confianza del ciudadano en la seguridad de las expectativas, en el libre disfrute de sus intereses, no se vería protegida si la norma no estuviera capacitada para evitar dicha realización de conductas lesivas. Si conductas que supusieran ya la vulneración de la norma no fueran sometidas a una sanción penal, tanto el mensaje negativo de la norma (prohibición) como el positivo (garantía de seguridad en sus expectativas de no agresión por terceros) perdería su vigencia, menguando así el fin último del Derecho Penal: garantizar el disfrute pacífico de los intereses esenciales de la persona. Sin duda que la presencia de un disvalor de resultado implicará un mayor menoscabo de tal finalidad, el máximo quebrantamiento de dicha garantía, y ello se verá reflejado en un mayor merecimiento y necesidad de pena; pero la peligrosidad *ex ante* aparece como el límite mismo imprescindible de dicho merecimiento y necesidad de pena. La punición de acciones sin un disvalor de resultado podría plantearse, si se quiere, como una excepción sistemática a la regla de punición de acciones con disvalor de resultado, dotadas de un peligro *ex post*, o incluso como una excepción material, al igual que la punición de la tentativa idónea es a su vez excepción material a la regla de punición del delito consumado:³¹ ello es una cuestión de grado. Carácter excepcional que vendría a resaltar dicha situación de margen mínimo de punición y no supondría una incoherencia político criminal pues la tentativa inidónea conlleva ya un peligro para el bien jurídico y supone por ello mismo un quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dicho argumento posee siempre un componente de azar no dependiente del sujeto, ya que contradice la misma esencia de la teoría de la imputación objetiva, cuyo fin último puede verse precisamente en la exclusión del azar en la atribución de responsabilidad por la lesión. Dicho de otra forma, la imputación de un resultado a una conducta peligrosa implica que ese resultado no es fruto del azar, sino fruto de la conducta del sujeto. En suma el disvalor de acción es condición siempre necesaria, pero en ocasiones también suficiente para la punición.

Injusto personal

Quienes adoptaron la concepción del injusto o ilícito como puro disvalor de acción persiguen básicamente como finalidad la de lograr un sistema teóricamente correcto, aunque no resulte práctico, y siguen la línea dogmática “estructural”³² (en lo que mucho tuvo que ver la actitud científica del finalismo) que desconfía de la obra legislativa y procura imponerse a ella. Estas posiciones científicas han motivado las críticas generales más graves que ha recibido este modo de concebir el contenido del injusto.

³¹ FARRÉ Trepal, “Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea”. “Estudio de Derecho Penal y Criminología”, libro homenaje a Rodríguez Devesa, T. I, p. 277... excepción que podría manifestarse en una limitación de la punición de las acciones de tentativa vía legislativa a través de una incriminación tasada de la misma.

³² CREUS, Carlos “Introducción a la nueva doctrina penal” Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 73 ss.

Esta tesis parte de la idea que la tradicional teoría del delito que separa el injusto (medido como disvalor del resultado – lesión del bien jurídico) de la culpabilidad (medida por el disvalor de la acción) donde los mismos elementos subjetivos del tipo han procurado ser construidos desde un punto de vista objetivo (BERING), o como “excepciones” (MEZGER), que implica una ficción en cuanto se apoya en un concepto de resultado tan amplio como incorrecto. El resultado sólo puede ser concebido como lesión del objeto del bien jurídico. Pero se reconocen acciones antijurídicas penalizadas que no se caracterizan como tales por el solo resultado, en las que ese resultado (restringido) directamente no existe, lo que indica que el injusto o ilícito está co-determinado por el proceso de lesión en sí mismo y obliga a asignar al elemento de la voluntad un lugar y función sistemática en el ilícito. Si el concepto de éste está integrado por el acto humano que persigue su realización, el resultado que es obra de la causalidad (y de la casualidad) no lo integra, sino sólo el lado asumido por el hombre, disvalioso frente a la norma y como tal asumido. Ilícito o injusto es el acto formal contrario al deber, es decir, se comprende como disvalor de la acción. El disvalor de resultado no lo integra como fundamento, éste puede elevar el ilícito, pero elevando el disvalor de la acción, no funcionando con sentido autónomo.

Asimismo, cambian el punto de inflexión en la distinción entre delito consumado y delito tentado, para considerar más grave el primero. “En resumidas cuentas la teoría jurídica del delito se resuelve en una teoría del delito de peligro”.

Tipos de emprendimiento: Consumación - Tentativa

Mientras que la “consumación” y la “tentativa” son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por el legislador, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación. Su importancia práctica estriba en que desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario, en su lugar algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el “arrepentimiento activo”³³. La cuestión de hasta que punto y en qué tipos pueden trasladarse las reglas de la tentativa a los delitos de arrepentimiento es muy polémica y precisa de ulterior discusión en el contexto de la tentativa.

Dispares opiniones acerca de delitos de peligro concreto-abstracto

Las mayores dificultades se hallan, quizás, en la distinción que divide a los delitos de peligro abstracto y concreto. La mayor parte de la doctrina entiende por delito de peligro concreto a aquél donde la exigencia del peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo, mientras que en los delitos de peligro abstracto, éste constituye el motivo de su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico³⁴.

³³ ROXIN, Claus, “Derecho Penal” – Parte General, Tomo I, Sec. 3.a, p. 336.

³⁴ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlín 1972, p. 198.

Por tanto, en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte del Juez, mientras que tal comprobación sería necesaria en los delitos de peligro concreto. De ahí que la doctrina italiana, a partir de la crítica de ANTOLISEI³⁵, prefiera hablar de “peligro presunto” en lugar de peligro abstracto, considerando que lo que realmente se da es una presunción “*juris et de jure*” de peligro, de tal manera que no importa que realmente se dé un peligro efectivo en el supuesto concreto³⁶. La opinión de ANTOLISEI es compartida en nuestro país por RODRÍGUEZ MOURULLO. Igualmente CÓRDOBA prefiere la distinción entre delitos de peligro presunto y delitos de peligro efectivo, aplicando la primera calificación a aquellos hechos castigados por la ley “a causa del riesgo que su comisión comporta, pero sin necesidad de que un peligro efectivo y real haya tenido lugar en el caso concreto³⁷”. RODRÍGUEZ DEVESA afirma que “desde un punto de vista técnico no es posible más que la configuración del peligro concreto”. O se exige para que una conducta constituya delito que se haya producido efectivamente una situación peligrosa o no se exige. Pero en este último caso la existencia del delito es independiente de que haya habido, efectivamente, un peligro. El tipo del injusto no admite más que delitos de peligro concreto. Lo cual no es obstáculo para que el llamado peligro abstracto constituya el motivo que induce al legislador a incriminar una determinada conducta. Por peligro abstracto se entiende un peligro estadísticamente demostrado que se da en una mayoría de casos, aunque falta en el supuesto concreto³⁸.

También DEL ROSAL Y BERISTAIN se ocupan de esta distinción siguiendo, en general, los criterios preponderantes en la doctrina alemana. Para DEL ROSAL³⁹, en los delitos de peligro abstracto la responsabilidad penal viene estimada en la descripción tipificada del hecho, sin que se requiera la comprobación por parte del juez de si efectivamente existe el peligro. En los de peligro concreto sí “compete al juez comprobar si en la realidad se ha producido un peligro concreto”. BERISTAIN,⁴⁰ por su parte, diferencia ambas clases en base a la mención o no mención en el texto legal de modo expreso de la exigencia del peligro, estimando que los delitos de peligro abstracto presuponen una presunción “*juris et de jure*”, criterio que no es compartido por QUINTANO, pues incluye la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas entre los delitos de peligro efectivo (es decir, concreto), aun admitiendo la tesis de la presunción para los delitos de peligro abstracto: “Los llamados

³⁵ ANTOLISEI, *L'azione ...* op. Cit. P. 142.

³⁶ Vid. RATIGLIA, *Il reato ...*, op. cit. p. 35. Por una separación, sin embargo, entre peligro abstracto y peligro presunto, refiriendo aquél a un juicio general que prescinde de la realidad y el presunto a la “ratio” de la incriminación, se pronuncia el Centro Nacional de Prevención y Defensa Social Italiano. (Revue Internationale de Droit Pénal - 1969, números 1 y 2, págs. 207 y 209).

³⁷ CÓRDOBA Fernando, *Rapport sobre los delitos de peligro en Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, nros. 1 y 2, p. 359.

³⁸ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid, 1974, p. 358.

³⁹ DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español*, Parte General, Vol. I, Madrid, 1969, p. 532.

⁴⁰ BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria*, Rev. de Derecho de la Circulación, nro. 6, noviembre-diciembre 1970, p. 21. Sin embargo en un trabajo anterior estimaba más correcta para los delitos de peligro abstracto la denominación de delitos de peligro presunto, o delitos de mera desobediencia; ambas denominaciones implican diferencias conceptuales que rebasan el marco de esta nota: los delitos de peligro presunto pueden admitir -si la ley lo expresa- prueba en contrario cuando falte el peligro; los delitos de mera desobediencia no admiten tal prueba, en cambio, podrán admitir prueba en contrario, por falta del elemento subjetivo de desobediencia, etc.

delitos de peligro abstracto son presuntivos y de estructura formal y de desobediencia, más bien que de riesgo efectivo”. En efecto, al repudiarse en ellos la prueba en contrario de la no peligrosidad como acontece en el caso más claro de conducción ilegal el riesgo deja de desempeñar papel alguno, en cambio se acreditaría decisivo en los de peligro concreto al determinar caso por caso, así, en el de conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas, que al probarse la ineficacia de la dosis para la seguridad real, esto es, la ausencia de peligro efectivo, no se cumplirían las previsiones del tipo⁴¹.

BARBERO SANTOS se ocupa de esta distinción rechazando la denominación de peligro presunto⁴² y estimando que “según que la situación de peligro se produzca en la realidad, o que el legislador la defina de acuerdo con los datos de la experiencia, los delitos a que corresponda serán de peligro concreto o de peligro abstracto”.

Junto a los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, SCHRÖDER ha llamado la atención sobre algunos tipos en los que se combinan los elementos de carácter abstracto y los de carácter concreto. Así ocurre particularmente con aquellos tipos donde la propia ley establece que la existencia de peligro se ha de juzgar en base a criterios generales y no a los particulares del supuesto de hecho concreto. La calificación de peligro abstracto-concreto estaría justificada porque si bien el juez tendría que decidir acerca de la peligrosidad de la conducta, esta decisión la tomaría por prescripción de la ley en base a la experiencia general. En particular recoge SCHRÖDER, dentro de este grupo de delitos, a aquellos en que la ley hace referencia a la “aptitud” para la producción de un daño, como por ejemplo, el parágrafo 3 de la Ley de Productos Alimenticios alemana, en donde se prohíbe la elaboración de alimentos cuyo consumo pudiera perjudicar la salud humana⁴³.

1.11 Delitos de peligro. Influencia sobre el medio ambiente

En la tutela penal del medio ambiente, como en tantos otros terrenos que se ha dado en llamar nuevos ámbitos de protección, el punto álgido del control se ha anticipado temporalmente: la protección procurada por el Derecho Penal español ha avanzado lejos de la lesión efectiva de los bienes jurídicos en juego de manera que el primer plano no lo ocupa tanto la evitación de lesiones en sí mismas sino la prevención de éstas, interviniendo en fases muy tempranas a través del control de una cada vez mayor cantidad de funciones o de actividades que tienen alguna relación con el surgimiento de efectos lesivos⁴⁴.

Más allá del efecto la propia configuración o delimitación del bien protegido en el respectivo sector tiene sobre la conceptualización de los tipos como delitos de lesión o como delitos de peligro un cambio de tendencia hacia un control preferente sobre la realización de ciertas conductas que

⁴¹ QUINTANO, *Tratado de la parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV, Madrid, 1967, coordinado por Gimbernat, p. 493.

⁴² BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, p. 492.

⁴³ SCHRÖDER, “*Abstrae-konkrete Gefährdungsdelikte*”, en *Juristinzeitung*, 1967, pp. 522-525.

⁴⁴ MENDOZA BUERGO, “*La Página del Medio Ambiente*”. Proyecto de investigación concedido por el MECD (Ref. PB 96/0068) a un grupo investigador de la Universidad Autónoma de Madrid.

no se atienen a determinados parámetros, en lugar de la mera prohibición de determinados resultados lesivos, resulta manifiesta, y no parece que pueda negarse⁴⁵. La anticipación de la tutela penal mediante la criminalización en el terreno previo a la lesión se alcanza fundamentalmente a través de dos vías complementarias. Por un lado, allí donde se quiere adelantar la frontera de la punibilidad se construyen bienes colectivos “previos” a los bienes jurídicos individuales, ya sea por considerar que partir de la tutela de bienes jurídicos individuales supone una intervención que llega muy tarde y que es insuficiente desde la perspectiva “egocéntrica” que parece ir imponiéndose, sea por evadir las dificultades que puedan existir en cuanto a la prueba de la causalidad o del aspecto subjetivo en relación con los eventuales efectos finales. Por otro lado se recurre a la construcción de tipos delictivos que convierten en penalmente relevantes esas fases previas a la lesión, e incluso previas al propio peligro en sí, con el objetivo de minimizar de este modo el riesgo para los bienes en juego⁴⁶

Muestra de esta tendencia -aunque tal vez el proceso evolutivo esté todavía menos avanzado en el derecho positivo español- es la creación de delitos que sólo pueden interpretarse como lo denominado por la doctrina alemana “delitos por acumulación”, es decir, tipos delictivos en los que se tipifica una conducta que no puede llegar a afectar al bien jurídico protegido sino sólo en la medida en que sea realizada o repetida de forma masiva. Evidentemente, esto apunta en una dirección que va más allá de la tipificación preferente de delitos de peligro abstracto que, como reiteradamente se recuerda, constituye en principio el modelo de referencia para la punición de comportamientos en este terreno. Todo ello plantea no sólo la cuestión relativa al contenido de injusto de los hechos punibles, y las posibles inconsistencias respecto al principio de lesividad, sino que en una materia como la ambiental la utilización creciente de referentes indeterminados, remisiones normativas y tipos penales en blanco, crea innumerables problemas, entre los que destacan la posible fricción con el mandato de determinación y, en última instancia, el de legalidad⁴⁷. En suma, lo dicho compone un cuadro en el que se refleja, como algunos han señalado, la paradoja del Derecho Penal ambiental que supone la toma de conciencia y necesidad de una eficaz salvaguarda de los recursos ambientales y conduce a recurrir a técnicas que se consideran teóricamente necesarias por su mayor efectividad o adecuación para proceder a tal tutela.

Los problemas fundamentales relacionados con la determinación del injusto en estos delitos, como puede ser la afirmación de la peligrosidad de la acción aunque se desconozca realmente su virtualidad, debilitan los presupuestos para la afirmación de la imputación objetiva

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, págs. 22, 183 y ss. ... defiende que la configuración de los bienes jurídicos protegidos en estos sectores como bienes jurídicos supraindividuales autónomos permite conceptualizar los delitos dirigidos a su protección como delitos de lesión y no como delitos de peligro negando, por tanto, que estemos ante un problema de verdadera anticipación de la tutela penal.

⁴⁶ SEELMANN, *NJW*, 1990, pág. 1259.

⁴⁷ MANNA, *Rev. Dir. Pen. Ec.* 1997, págs. 665 y ss.

aunque sea en un primer estadio y en otro orden, la presencia de tipos en blanco suscitan la posibilidad que el núcleo de la infracción constitutiva de delito no tenga carácter uniforme.⁴⁸

La conformación de los tipos en materia medioambiental

Frente a la exigencia, era demandada por un sector doctrinal la creación de un delito de peligro abstracto, que lo máximo exigiera la mera potencialidad nociva respecto de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o protegidos etc., remitiendo los supuestos de creación de un peligro concreto para la salud de las personas a un tipo cualificado.

El motivo principal aducido para esta transformación era el deseo de anticipar a estadios más tempranos la tutela penal, como también las dificultades asociadas a la utilización de tipos de peligro concreto, de modo especial las ligadas a la prueba de la relación de causalidad entre la conducta aislada individual y la producción de un peligro concreto⁴⁹. Si bien es cierto que el paradigma de elección suele ser el de los delitos de peligro abstracto, el legislador español en 1995 ha preferido no recurrir al modelo “puro” de peligro abstracto y dar entrada a tipos que demandan que la conducta típica sea capaz de afectar, aun potencialmente, al objeto de tutela, exigiendo el tipo básico que la provocación o realización de las emisiones, vertidos etc. “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” o, en su caso, la salud de personas. La inclusión de tal exigencia permite en principio reputar tal delito -dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto “*lato sensu*”, entre los llamados delitos de aptitud o idoneidad- o, conforme a la denominación propia de la doctrina española, delitos de “peligro hipotético”, en la medida que no requiere la constatación de la producción de una situación de efectivo peligro concreto pero tampoco se conforma con la simple realización de una conducta sólo presunta o generalmente peligrosa⁵⁰.

La falta de garantía de una suficiente seguridad jurídica en la delimitación del ámbito de lo típico, junto con la elección de la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto para la tutela de un bien de contenido difuso, ha llevado a plantear la posible inconstitucionalidad del tipo así configurado por considerarlo vulneratorio del principio de taxatividad. Pero incluso, aunque no se llegara a estimar la plena inconstitucionalidad del precepto o se auspiciara una interpretación distinta del mismo, no cabe duda que la configuración del tipo hace surgir fricciones no sólo con el principio de legalidad sino también con el de lesividad que debe permitirnos una adecuada caracterización del injusto penal y su delimitación frente al mero injusto administrativo.

Por otro lado la absoluta dependencia de la relevancia típica de la conducta a la existencia de una infracción administrativa, como se ha señalado, provoca otras consecuencias cuyos

⁴⁸ CONDE-PUMPIDO, *Nueva delincuencia II*, p. 247 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La Ley 1993-1*, p. 964 ss.

⁴⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios*, págs. 226 y ss. Resulta prácticamente generalizado en la doctrina, tanto española como comparada, el argumento de que una de las ventajas ligadas a la estructura delictiva de los delitos de peligro abstracto es que no requiere comprobación alguna sobre la relación de causalidad entre la actividad contaminante y las consecuencias eventualmente derivadas de ello para los medios naturales o la salud humana.

⁵⁰ MORALES PRATS, *Derecho medioambiental*, p. 362; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos*, p. 76, ambos aludiendo a razones de peso, no sólo de naturaleza dogmática, para sostener esta interpretación.

efectos perversos también han sido ya destacados por la doctrina. Con todo ello podría reforzarse la tendencia cada vez más palpable para construir el injusto penal, especialmente en ciertos ámbitos relacionados con la tutela de bienes supraindividuales de contornos difusos, con referencia a la infracción de determinados estándares de comportamiento que, en este sector en concreto puede acabar siendo constituido por el mero incumplimiento o desobediencia a mandatos de la Administración, por la superación de ciertos límites o la infracción de baremos reglamentariamente establecidos, en definitiva, delitos de mera desobediencia respecto de los que resultaría más que discutible merezcan ser elevados a la categoría de injusto criminal.

Algunas consideraciones finales

La noción de peligro no está definida por la ley. Se trata de una noción que no tiene autonomía propia y ha de ser referida en forma exterior a ella misma. Una noción antijurídica y general construida por dos componentes básicos, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

En aquellos casos en que no se explicita la exigencia del peligro en el tipo ni se recurre a la fórmula de aptitud para la producción de un daño, simplemente castiga ciertas conductas en base al riesgo que en sí comportan, contentándose el tipo con la descripción del obrar prohibido.

Conclusión

Tomar como exclusivo punto de partida la protección del bien jurídico conduce sin duda a un exceso puesto que ello deja fuera la perspectiva del concepto de autor. Por otra parte, el adelantamiento de la pretensión punitiva en estadios previos a la lesión (a veces muy remotos) también puede constituir un peligro para el bien jurídico. Para limitar esas consecuencias perniciosas, alcanzaría con recordar cuál es el origen de la idea del bien jurídico, es decir, remarcar que el concepto se encuentra absolutamente enmarcado por su función de garantía. Ello daría fundamento suficiente para asegurar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no debe encontrarse vinculado con una tendencia expansiva del ámbito de protección de la norma, ello marca un abandono paulatino del dogma causal y un cambio en el concepto de riesgo y en la teoría de la imputación objetiva.

Habiéndose despersonalizado el bien jurídico para motivar la intervención estatal, estimo que al tipificar ciertos actos preparatorios, el legislador maximiza la protección de ciertos bienes jurídicos produciendo un grave adelantamiento de la punición -no más última ratio- con la consiguiente generación de problemas en la dosimetría de la pena y llevándonos irremediabilmente al interrogante de hasta dónde es posible adelantar la punibilidad sin que ello sea ilegítimo.

E. 4245-0696
C. 15-4974-4865
Lomas de Zamora - Argentina
mec@mariocorigliano.com.ar

BIBLIOGRAFÍA

- ESCRIVA GREGORI *"Puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal"*.
Barcelona, 1976.
- JAKOBS, GÜNTER *"Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"*. Ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes, Frankfurt, mayo 1985.
- JIMÉNEZ DE AZÚA *"Tratado de Derecho Penal"*, T. III, 1965, p. 472 ss.
- CÓRDOBA, FERNANDO *"Delitos de peligro / de peligro presunto"* 1969, p. 373 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA *"Delitos de peligro, Dolo e Imprudencia"* 1994, p. 32 ss, prólogo del Dr. Edgardo A. Donna.
- BAIGUN, DAVID *"Los delitos de peligro y la prueba del dolo"*, 1967, p. 21 ss.
- FERRAJOLI, LUIGUI *"Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales"*, revista Derecho Penal 2004, traducc. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL *"Desvalor de acción y Desvalor de resultado"*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 9, p. 456 ss.

MIR PUIG, SANTIAGO *"Derecho Penal"* 1996, lecc. 4/46.

FARRÉ TREPAT *"Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea"*. Estudio de Derecho Penal y Criminología. T. I, Libro homenaje a Rodríguez Devesa, p. 277 ss.

SANCINETTI, MARCELO *"Tipos de peligro en las figuras penales"*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 12. Homenaje al profesor Carlos Creus.

ROXIN, CLAUS *"Derecho Penal"*, Parte General, T. I, p. 336.

ARCE DIQUES, JORGE LUIS y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO *"Los problemas de la política criminal del peligro"*. Doctrina. Profesores de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrados de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia.

CREUS, CARLOS *"Introducción a la nueva doctrina penal"*. Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 73 ss.

RODRÍGUEZ DEVESA *"Derecho Penal Español"*, Parte General, Madrid 1974, p. 358 ss.

BARBERO, SANTOS "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, p. 492 ss.

SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA, La Ley 1993-I, p. 964 ss.

OUVIÑA, GUILLERMO *"Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal"*. Teorías Actuales en el Derecho Penal – 75º Aniversario del Código Penal – Ad-Hoc. 1998, p. 28 ss.

BUTELER, JOSE ANTONIO (H) *"Garantías y Bien Jurídico"*, Ad-Hoc 1998, p. 414 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE *"Estudios de Derecho Penal"*, p. 226 ss.

MORALES PRATS, *"Derecho medioambiental"*, p. 362 ss.

MENDOZA BUERGO, BLANCA *"La página del medio ambiente"*, proyecto de investigación concedido por el MECD a un grupo investigador de la Universidad Autónoma de Madrid. (Ref. PB 96/0068).

TEITELBAUM, ALEJANDRO *"Deuda externa y Derechos Humanos"*, Suplemento Al Sur del Sur. 2002. España.
