

## REFLEXIONES SOBRE LAS TECNICAS DE TIPIFICACION DE LOS LLAMADOS “*DELITOS DE PELIGRO*” EN EL MODERNO DERECHO PENAL

Francisco Maldonado F.\*

**I. Introducción; II. Consideraciones conceptuales básicas (planteamiento del problema):** 1. De la técnica legislativa a la opción político-criminal; 2. Los delitos de peligro como opción político criminal; 3. Conceptualización del peligro como resultado y de la peligrosidad como cualidad de la conducta (el peligro como técnica legislativa); **III. Problemática de los delitos de peligro en el moderno derecho penal:** 1. Los diversos “delitos de peligro abstracto” del moderno derecho penal: a) Delitos que generan condiciones de peligro; b) Delitos de acumulación; c) Delitos de “peligro hipotético” o delitos “de aptitud” o “idoneidad”; 2. Breve comentario sobre los “nuevos” bienes jurídicos colectivos y su puesta en peligro; **IV. Legitimidad de los delitos de peligro (especialmente de los delitos de aptitud o de peligrosidad):** 1. Presupuesto: La ausencia de lesividad u ofensividad para el bien jurídico (derecho penal simbólico); 2. Problema: ¿Constituye la peligrosidad de la conducta fundamento suficiente para la legitimar el uso del recurso penal?: a) Desvalor de la acción y desvalor de resultado como elementos del injusto material; b) La función de protección de bienes jurídicos y la conformación del injusto; **V. Consideraciones finales (a modo de conclusión); VI. Bibliografía.**

### I. Introducción

Los llamados “*delitos de peligro*” corresponden a una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de *lesividad* o *afectación* que los vincula con el -aun mayoritariamente exigido- bien jurídico cuya protección justifica la punición<sup>1</sup>. Desde dicha perspectiva se los ha concebido tradicionalmente –en todas sus formulaciones- como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Así se evidencia en los llamados delitos de peligro concreto. Si embargo en ocasiones dicha consecuencia (el riesgo) pasa a ser presumida por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre éste y la conducta a inculpar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, dando con ello lugar a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto. Estos últimos, por ello, aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de

---

\* Abogado. Becario de investigación en desarrollo de tesis doctoral en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Ex Jefe División Jurídica del Ministerio de Justicia de Chile (2000 – 2006) y profesor de derecho penal.

<sup>1</sup> Vid. en relación a las propuestas del funcionalismo sistémico, TERRADILLOS, “*Función simbólica...*”, pág. 15.

resultado en tanto el peligro (como consecuencia o, más propiamente, como resultado jurídico) ha sido la *ratio* o motivo del legislador<sup>2</sup>.

Una adecuada comprensión de la problemática que actualmente conceden los delitos de peligro hace evidente que este esquema tradicional de tratamiento no da debida cuenta de su complejidad, resultando además equívoco al confundir las dos aplicaciones que es posible hoy en día reconocer en la utilización del “juicio de peligro” en el contexto de la estructura del delito, ya sea como atributo de una conducta (juicio de peligrosidad) o como resultado que deriva de su ejecución (resultado de peligro)<sup>3</sup>. Por otro lado, es posible apreciar cómo en la actualidad el parámetro de la peligrosidad del comportamiento constituye uno de los referentes al que en mayor medida se recurre como juicio real o presunto (concreto o abstracto, respectivamente) en el contexto del llamado “moderno derecho penal”<sup>4</sup>, caracterizado en una de sus vertientes por priorizar configuraciones típicas constitutivas de lo que se ha dado en llamar “adelantamiento en el ámbito previo”<sup>5</sup>, generando hipótesis punibles en las que resulta difícil dar cuenta satisfactoria de los principios que tradicionalmente eran exigidos de manera uniforme para atribuir al uso del recurso penal carácter legítimo. En específico presentan falencias a la hora de evaluar el cumplimiento de las funciones instrumentales atribuidas al sistema (expresadas básicamente en la lesividad) en tanto carentes de contenido material, generando intervenciones en las que se prioriza al extremo el cumplimiento de funciones meramente simbólicas en las que termina por sancionarse la mera desobediencia<sup>6</sup>.

La problemática que tras este concepto encierran todas las figuras agrupadas bajo el tradicional concepto de peligro abstracto, hace necesario revisar los caracteres que permitirían afirmar u objetar su legitimidad o justificación, para lo cual se requiere dar cuenta de la forma como en la actualidad se tiende a proponer la constitución del contenido del injusto penal y cómo a través de éste se da cuenta de la misión de protección de bienes jurídicos.

A ello se dedican, de manera acotada, las siguientes reflexiones, las que a título descriptivo buscan abordar, en una mirada global, cada una de las cuestiones planteadas.

---

<sup>2</sup> Vid. CURY URZUA, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*, 7º Ed. Ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005; pág. 292; BULLEMORE, VIVIAN / MACKINNON, JOHN: “*Curso de derecho penal*”, Tomo II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 16; POLITOFF/MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 213

<sup>3</sup> Vid. CURY, Op. cit., pág. 293.

<sup>4</sup> Vid. sobre ello GRACIA MARTIN, *Prolegómenos...*, pág. 41, Nota 23.

<sup>5</sup> Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *El Moderno...*, *passim*, especialmente págs. 12 a 17.

<sup>6</sup> Vid. CURY, Op. cit., pág. 292; GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 254; POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Op. cit., pág. 213.

## II. Consideraciones conceptuales básicas (planteamiento del problema)

### 1. De la técnica legislativa a la opción político-criminal.

Para asumir la tarea de describir a los “*delitos de peligro*” debemos necesariamente centrar la atención en la función protectora de bienes jurídicos atribuida al sistema penal, y particularmente en las modalidades que puede detentar dicha función en las diversas formulaciones delictivas que dispone el legislador y su correlación con la exigencia de lesividad del bien jurídico. De ahí que la temática, ya sobre sus bases conceptuales, nos refiera al ámbito de justificación del injusto penal y por extensión al de la legitimidad de la intervención penal en su conjunto. Es ahí donde precisamente se centra en la actualidad la polémica en torno a los denominados “*delitos de peligro*” junto a otros institutos de regular consagración legislativa en el contexto del llamado “*moderno derecho penal*”.

En general -para la mayoría de la doctrina que sitúa a la protección de bienes jurídicos en el centro de la misión del sistema penal-<sup>7</sup> el injusto penal se expresa formalmente sobre la base de la descripción de conductas precisas y determinadas de las cuales deriva necesariamente una forma de afectación o lesión, en sentido amplio, de bienes jurídico-penales.

Las modalidades de relación de estos dos elementos (conducta y lesividad) dan lugar a una de las formas tradicionales expuestas por la doctrina para catalogar o clasificar a los delitos (o más precisamente, a las formas de tipificación de éstos), permitiendo distinguir básicamente aquellos tipos penales que describen una conducta que “*lesiona un bien jurídico*” en relación a aquellas que sólo lo “*ponen en peligro*”. En ambos casos se ejecuta una conducta que afecta el bien jurídico, o que lo “*lesiona*” en sentido amplio<sup>8</sup>. En el primer caso se ejecuta una conducta lesiva de por sí (delitos de lesión de mera actividad) o de cuya ejecución deriva como consecuencia una la lesión para el bien jurídico (delitos de resultado de lesión) reflejada, en ocasiones, en la exigencia de un resultado material. Por su parte, en el

---

<sup>7</sup> Oo. en JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2º Edición corregida, (Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 47 a 50, 55 y ss. y 44. (especialmente evidente en Nota 2, pág. 46); del mismo, *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente* en ESER, HASSEMER y BURKHARDT: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. MUÑOZ CONDE et al.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 56; y en *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, 1º reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, *passim*.

<sup>8</sup> Tanto el peligro como la lesión del bien jurídico, atendida su naturaleza ideal, también son conceptos ideales. De esta forma la lesión de un bien jurídico no implica su “*destrucción*”, en tanto esfera de referencia ideal. Vid. DIEZ RIPOILLES: “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Revista de Ciencias Penales* N° 15, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1998, en <http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>, pág. 11; Asimismo, Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997, pág. 49.

segundo caso el peligro ocasionado respecto del bien jurídico, causado con la ejecución de una determinada conducta constituirá, a su vez, la consecuencia desvalorada (delitos de peligro o de resultado de peligro)<sup>9</sup>.

Esa modalidad de relación, desde el punto de vista de la configuración del injusto, recibe la denominación de “*resultado jurídico del delito*”, reflejo de la exigencia de lesividad u ofensividad que justifica la intervención penal. El resultado jurídico (desvalor del resultado) junto al desvalor propio que es posible atribuir a la conducta descrita en el tipo (fundado a nuestro juicio fundamentalmente en la peligrosidad de la misma)<sup>10</sup> permiten sustentar –según la doctrina dualista dominante hoy en día- el contenido material de la antijuridicidad, o lo que es lo mismo, el fundamento material de la imputación penal de un hecho determinado a una persona<sup>11</sup>.

Sobre esta base y en una primera aproximación podemos entender que tras el concepto de los “*delitos de peligro*” se engloba una categoría de descripciones típicas conformada por aquellas conductas punibles seleccionadas por el legislador no en atención a que su ejecución acarrea la lesión del bien jurídico, sino en tanto lo ponen en peligro o generan su puesta en peligro, como resultado jurídico.

Por lo dicho la consideración dada en estas figuras a la “*puesta en peligro del bien jurídico*” no corresponde a una fórmula, técnica o modalidad a la que puede recurrir el legislador entre otras alternativas de idéntica significación. Por el contrario, su selección refleja una opción de carácter político criminal<sup>12</sup>. Así, en

---

<sup>9</sup> El resultado desvalorado, como concepto, puede, en principio, extraerse de la sola ejecución de la conducta sin que requiera necesariamente una exteriorización o consecuencia separada de la acción o de la omisión. Se puede bajo este concepto afirmar la lesividad desde la propia conducta, tanto en lo que se refiere a la lesión como al peligro. Dicho en términos simples, pueden haber delitos de mera actividad de lesión y de peligro. Vid. ACALE SANCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, edit. Comares, Granada, 2000, pág. 103.

<sup>10</sup> Reconocemos que esta afirmación requeriría de por sí una extensa justificación, la que omitiremos en atención a los objetivos propuestos para el desarrollo del presente documento. Baste destacar que el concepto supone superar la configuración del desvalor de la acción sobre la base de considerar exclusivamente la intencionalidad o subjetividad que se expresa en la conducta, sino valorando ésta en su totalidad, incluyendo los caracteres de su exteriorización concreta.(desvalor objetivo de la conducta)

<sup>11</sup> Por su parte, la “*culpabilidad*” nos concede las condiciones de imputación de este hecho a una persona determinada.

<sup>12</sup> Cabe tener en cuenta que el legislador también puede considerar la peligrosidad de una conducta para un determinado bien jurídico como una fórmula para imputarle un resultado de lesión, o para justificar la sanción de un estadio incompleto de consumación que ha generado el efecto de poner en peligro un bien jurídico. En este último caso (tentativa idónea) se sanciona una conducta no necesariamente porque ha puesto en peligro un bien jurídico sin alcanzar a lesionarlo, sino más bien se sanciona una conducta peligrosa, dirigida a la lesión, en tanto ha puesto en peligro el bien jurídico. Aplicando esta misma lógica a los delitos de peligro –incluyendo en ellos a los de peligro abstracto o concreto entendidos en su denominación tradicional- podemos señalar que en ellos el legislador no radica el fundamento del injusto en “*etapas previas a la lesión*” de un bien jurídico, sino

estos casos el legislador toma la opción de proteger penalmente un bien jurídico, y transformarlo en un bien jurídico-penal, en base a una doble consideración de merecimiento y necesidad. La primera de ellas (merecimiento) viene dada por la trascendencia o importancia de dicho interés para posibilitar la convivencia entre los miembros de una comunidad (corresponde a un presupuesto para la libertad), mientras que la segunda (necesidad) deriva de la constatación de insuficiencia de los medios de control social, formales o informales, para obtener el debido respeto y protección de dicho interés, considerado previamente como fundamental. De ahí deriva la base que justifica al Estado el intervenir de manera coactiva sobre las conductas que en mayor medida reflejen dicha necesidad de protección: Sólo aquellas conductas que afecten un valor esencial para la convivencia y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos que el recurso penal, podrán ser objeto de represión, por esta vía.

De esta forma, el bien jurídico –o más bien, su lesividad- opera como condición necesaria pero no suficiente para justificar la intervención penal, requiriéndose para ello adicionalmente del juicio de subsidiariedad. De ahí que como concepto el bien jurídico no cumpla, en el contexto del sistema, una función de corte promocional<sup>13</sup>, lo que quiere decir que de su existencia y del juicio de merecimiento no se extrae una obligación de criminalizar, sino sólo una condición que permite afirmar la legitimidad de dicha intervención, siempre y cuando concurra adicionalmente la necesidad (subsidiariedad)<sup>14</sup>.

---

que busca sancionar situaciones distintas, casos “no lesivos”, por llamarlos de alguna forma. Por el contrario es distinto es el caso en que el legislador, para proteger bienes jurídicos, adopta la decisión de desvalorar un “comportamiento peligroso” (no la producción del peligro), en cuyo caso sí está concentrándose en un ámbito previo a la lesión. Lo que sucede es que en base a la técnica de recurrir a una “presunción” como sucede en la estructura de los delitos de peligro abstracto en su formulación tradicional, también se está adelantando la punición, pero no alterando el centro de la valoración del injusto, el que sigue estando radicado en el “resultado de peligro”. Es decir, en este caso se recurre a una “técnica” para anticiparse al resultado de peligro, no al resultado de lesión.

<sup>13</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en ADPCP, 1990, Fasc. I, págs. 14 y 18. Sobre la problemática que hoy en día plantea esta cuestión Vid. HASSEMER, *Viejo y Nuevo Derecho Penal* en, del mismo, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 47 a 49; MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro abstracto*, Edit. Comares, Granada 1997, pág. 2; MENDOZA BUERGO, BLANCA: *El derecho penal en la Sociedad del Riesgo*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, pág. 77; TERRADILLOS, BASOCO, JUAN: “Función simbólica y Objeto de protección del Derecho Penal”, en BUSTOS RAMÍREZ (Dir.): *Pena y Estado*, Edit. Conosur, 1995, pág. 17.

<sup>14</sup> De esta forma, si desaparece la función de protección de bienes jurídicos (o lo que es lo mismo, el merecimiento de su protección, la subsidiariedad o la lesividad), el bien jurídico deja de ser justificante y limitativo de la acción del Estado, transformándose en un objeto de protección “por referencia”. Asume en este caso -si se prefiere el término- una función “criminalizadora”, Vid. HASSEMER W.: en “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno.”, en ADPCP, 1992, Fasc. I, pág. 239.

Para alcanzar este fin (protección de bienes jurídicos mediante el uso de la herramienta penal) el Estado recurre a la amenaza de imposición de una sanción de carácter penal, buscando con ello la obtención de funciones expresivas, a través de las cuales se busca transmitir un mensaje de valorización, confirmación normativa o de motivación, según se prefiera<sup>15</sup>. Dicha comunicación o mensaje de manera directa o indirecta se expresa en la proscripción de conductas que conlleva la tipificación penal, con lo cual se atribuye a ésta un carácter instrumental en el conjunto del sistema, en tanto referido a un bien jurídico penal<sup>16</sup>.

De ahí que el legislador, dentro de este esquema recurra en primer lugar a la penalización de conductas que lesionan un bien jurídico determinado, proscribiéndolas en miras a desmotivar su ejecución. En un segundo nivel se persigue este mismo objetivo desincentivando conductas que importan un grave riesgo de afectación de dichos intereses, ya sea asociando a las conductas que generan dichos riesgos la imputación de responsabilidad para el evento de lesión del bien jurídico, o proscribiéndolas directamente en cuanto tales, por constituir por sí mismas un riesgo relevante para el bien jurídico-penal, con independencia de que en definitiva se produzca su lesión (o lo que es lo mismo, para el caso en que ésta no se produzca).

Constituyen, en este último caso, conductas que generan un peligro socialmente no tolerado respecto de intereses considerados básicos para la convivencia, inevitables mediante el uso de otras formas o modalidades de control social, formales e informales, y que en razón de ello, son proscritas penalmente.

Este esquema, a nuestro juicio, supone en cada tipificación la concurrencia y consideración de dicho interés –esencial para el desarrollo y la interacción social– en tanto exigencia derivada de la base democrática del Estado, cuya construcción y desarrollo material conlleva el respeto y promoción de condiciones de participación del individuo, cuyo quebrantamiento sólo se asume posible en un

---

<sup>15</sup> No realizaremos referencias en torno a la función, en concreto que se le puede atribuir a la pena en el contexto de justificación del sistema penal que acá hemos someramente expuesto. Sólo destacaremos el que a estas alturas nos parece evidente el diferenciar el cumplimiento de fines y de funciones de manera independiente tanto por el sistema en su conjunto como por la pena en concreto y dentro de éste, siendo unas y otras perfectamente diferenciables e independientes entre sí.

<sup>16</sup> El quebrantamiento de la libertad (usando el concepto como expresión de las facultades humanas) mediante la pena, para obtener libertad (en el mismo sentido antes expuesto) sólo parece justificarse en función de la protección de bienes jurídicos, que merecen protección penal, necesitados de la misma y cuya preservación en condiciones determinadas no pueda ser obtenida por otros medios sociales menos lesivos. (necesidad y subsidiariedad del bien jurídico-penal y de la conducta incriminada). Sobre la legitimidad de esta construcción, en tanto instrumental de todas las funciones del sistema penal. Vid. SANTANA VEGA: “Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, en AP, N°9, 2001, pág. 162. En el mismo sentido TERRADILLOS BASOCO: “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1991, pág. 10.

contexto de colisión de intereses relevantes<sup>17</sup>. Así, la carencia de un interés identificable y relevante desde el punto de vista señalado, deja las puertas abiertas a la arbitrariedad, permitiéndose la sanción de la mera desobediencia.

De más está señalar, finalmente, que a este desarrollo deben sumarse las demás exigencias de justificación de la intervención penal que resultan propias de un Estado Democrático de Derecho<sup>18</sup>.

## 2. Los delitos de peligro como opción político criminal.

Conforme a lo señalado precedentemente podríamos circunscribir y definir básicamente a los delitos de peligro por oposición a los delitos de lesión, refiriendo ambos parámetros a la relación que detenta la conducta en cada figura respecto de la lesividad u ofensividad para con el bien jurídico protegido (resultado jurídico del injusto material).

Esta afirmación que a primera vista resulta efectiva parece no obtener reflejo en los contenidos que propone la doctrina tradicional para describir los llamados delitos de peligro, no obstante que ello pareciera ser afirmado en forma generalizada y en base a términos formales de que a estas alturas suenan casi de estilo. Esta observación resulta aplicable particularmente a la figura de los llamados delitos de peligro abstracto, los que, en la formulación tradicional, radican el fundamento de la sanción en la mera contravención de una prohibición o mandato legal, que asume la virtud de configurar sobre sí mismo y con una base generalmente apoyada en un análisis estadístico, la concurrencia de peligro para el bien jurídico. Por definición en este contexto este último concepto (el peligro), por lo mismo, no aparece comprometido en la descripción típica.

En esta línea, el criterio usualmente utilizado para definir las dos categorías en las que tradicionalmente se subdivide a los “*delitos de peligro*” precisamente busca diferenciarlas según se requiera o no la acreditación caso a caso del peligro (o se presume) que concurre para el bien jurídico (resultado de peligro), distinguiéndose sobre esta base entre delitos de *peligro concreto* y delitos de *peligro abstracto*<sup>19</sup>. De ahí que las dudas de legitimidad respecto de estas últimas formulaciones básicamente

---

<sup>17</sup> Vid. BUSTOS / HORMAZABAL, págs. 60 y 61; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, págs., 125 y 126; MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, pág. 65; TERRADILLOS, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, RFDUC N° 63, 1981, págs. 125 a 149.

<sup>18</sup> Así, se deben entender, definir y contextualizar el conjunto de elementos que configuran al sistema penal y sus funciones, en el contexto del modelo de Estado en que se desarrollan. Vid. SANTANA VEGA, Op. cit., págs. 143 y 144; Bajo esta perspectiva una definición neutra del sistema no parece aceptable. Sobre ello Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, pág. 99 y TERRADILLOS, *Función simbólica...*, pág. 22.

<sup>19</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Edit. Comares, Granada, 2001., pág. 71 y 73.

se hayan desarrollado en torno al subyacente recurso a una presunción de derecho que dicha modalidad considera.

En estos últimos, el peligro de lesión del bien jurídico se “*estima*” concurrente sobre la base de la sola realización de la conducta, siendo ya afirmado (presumido) por el propio legislador y sin que para ello se requiera de una valoración o acreditación<sup>20</sup>. De esta forma, la realización de la conducta descrita comprende –formalmente– tanto los casos en que su ejecución acarrea un real riesgo de afectación para el bien jurídico, como aquellos casos en los que en los hechos ello no sucede<sup>21</sup>. De ahí que el peligro para el bien jurídico como tal, en estos casos, sea un elemento irrelevante en la formulación, toda vez que es posible afirmar que resulta totalmente indiferente su concurrencia o ausencia. Pareciera por ello que se trata de delitos formales o de mera actividad, que bajo este concepto ni siquiera requieren de un juicio de desvaloración que los vincule, en clave de lesividad, con el bien jurídico que se pretende y expresa resguardar<sup>22</sup>. Por ello los delitos de peligro abstracto, así concebidos, carecerían de dicha cualidad (lesividad u ofensividad), de donde se puede extraer su ilegitimidad en el marco de un derecho penal fundado en la protección de bienes jurídicos, en tanto ésta resulta meramente presumida<sup>23</sup>.

Esta última afirmación también se utiliza en un sentido inverso, esto es, para procurar justificar la concurrencia de una relación de lesividad. En este sentido se afirma que el peligro para el bien jurídico –y por ende la lesividad material– no está ausente de consideración en los delitos de peligro abstracto, toda vez que ha sido precisamente considerado por el legislador como fundamento para describir la conducta: “*Se penaliza en este caso porque se pone en peligro el bien jurídico*”<sup>24</sup>. Lo que ocurriría es que se trata de situaciones en las que el peligro es tan inherente a la descripción –lo que se afirma sobre la base de un juicio generalizado fundado en la experiencia– que resulta presumido por el legislador, *iure et de iure*<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. MENDOZA BUERGO: “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en AP N° 13, 2002, pág. 314.

<sup>21</sup> Expresamente CEREZO MIR: “Los delitos de Peligro Abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en RDPC N° 10, 2002, pág. 47.

<sup>22</sup> La verdad es que en definitiva, en esa fórmula tradicional de concebirlas, se trata de delitos de resultado de peligro (o de “*peligro*” como “*resultado*”), en el que este último es presumido por el legislador, como peligro probable. No se conciben como delitos en que se busque la “*peligrosidad de la conducta*”.

<sup>23</sup> En estos casos “*se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí*”, FERRAJOLI, LUIGI: “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en Revista de Ciencias Penales N° 5, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, dirección electrónica en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>, pág. 6.

<sup>24</sup> A esta base argumentativa se le reconoce porque entiende que la peligrosidad opera “*como motivo del legislador*”. Vid MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 75 y ss.

<sup>25</sup> Como hemos ya destacado, la base de todo juicio probabilístico o estadístico en esta materia resulta a nuestro juicio incompatible con la exigencia de lesividad concreta para el bien jurídico, toda vez que no busca acreditar el real peligro concurrente, sino el riesgo esperado o probable. Podría justificarse como mecanismo de acreditación del peligro en un juicio ex –ante siempre y

Esta formulación, a nuestro juicio, no logra justificar acertadamente la concurrencia o consideración de la lesividad. La afirmación de un peligro estadístico o general derivado de una conducta no importa necesariamente la concurrencia de éste en todos los casos en que ella se ejecute. De ahí que esta “*validez general del peligro*” sea más bien una afirmación de la “*alta probabilidad de peligro*”, pero no de éste en sí mismo. Se penalizaría entonces por ejecutar una conducta que “*puede generar peligro*” para el bien jurídico, o más precisamente, que “*probablemente*” lo genera y no una conducta que “*pone en peligro*” al bien jurídico. De ahí que siga resultando irrelevante la puesta en peligro real en estos casos como fundamento de la imputación, en tanto parecieran habilitar a la imposición de la sanción tanto en los casos en que ello ocurre como en aquellos en que no, según ya adelantamos<sup>26</sup>. Se sostiene a mayor abundamiento que con ello pasa a vulnerarse el principio de culpabilidad, en tanto implícitamente se presume de derecho, *iure et de iure*, un elemento de imputación (se presume en definitiva la responsabilidad)<sup>27</sup>.

En base a los razonamientos observados, se han propuesto otras alternativas de interpretación de estas figuras, tendientes a afirmar que el peligro debe entenderse, en estos casos, presumido *iuris tantum*, permitiéndose con ello que en el caso concreto se acredite la ausencia de afectación o peligro para el bien jurídico<sup>28</sup>. Este planteamiento a nuestro juicio tampoco resulta aceptable toda vez que altera de manera ilegítima la carga de la prueba en el proceso penal, afectando paralelamente al principio *in dubio pro reo*<sup>29</sup>, al principio de culpabilidad<sup>30</sup> y la garantía de legalidad de la cual deriva el primero<sup>31</sup>.

---

cuando se realice en concreto, sobre la base de las circunstancias específicas de ejecución de la conducta.

<sup>26</sup> Vid. TORIO LOPEZ: “Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en ADPCP, 1981, pág. 831.

<sup>27</sup> Aplicado a todos los delitos que considera “*de sospecha*” dentro de los cuales precisamente se incluyen, por definición, los delitos de peligro abstracto, GARCIA PEREZ, O.: “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en ADPCP, 1993, Fasc. II, pág. 633 y ss.

<sup>28</sup> Vid. GARRIDO MONTI, II, págs 253 y 254; TORIO LOPEZ, Op. cit., pág. 827. Asimismo, RODRIGUEZ MONTAÑES. T. en LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL (Director): *Enciclopedia Penal Básica* Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 494. Vid sobre los orígenes de dicha propuesta y su crítica, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 149.

<sup>29</sup> Vid. TORIO LOPEZ, Op. cit., pág. 827.

<sup>30</sup> En este sentido GARCIA PEREZ, Op. cit, pág. 637; MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 6

<sup>31</sup> La consecuencia en sede procesal del principio de legalidad es precisamente la presunción de inocencia, toda vez que funda su mérito en el hecho de exigir que para la imposición de una sanción deban acreditarse los elementos que justifican la prohibición, los que para ello, se describen en una ley. Si no se cumplen, no se “cumple” con el precepto legal formal, y no puede imponer la sanción que éste prevé como consecuencia. Se incumple formalmente la ley al imponerse una sanción en un supuesto que no cumple con todas sus exigencias. Ello ocurre si la norma presume un elemento que sea presupuesto de la pena en tanto parte de la materia de la prohibición, toda vez que no permite su acreditación procesal, ni el ejercicio del derecho a defensa a su respecto. De ahí que con ello se afecte también la garantía material que conlleva el principio de legalidad.

La única forma de salvar esta observación, consistiría en exigir – dogmáticamente- en cada caso la acreditación del peligro efectivo causado con la conducta respecto del bien jurídico, con lo que desaparecería la categoría al confundirse completamente, en los hechos, con los llamados delitos de peligro concreto<sup>32</sup>. Existiría, entonces, una sola forma o modalidad de sanción de los casos de “*peligro para el bien jurídico*” (con resultado).

Respecto a estos últimos –delitos de peligro concreto- consideramos que el juicio de peligro dirigido a acreditar la concurrencia del resultado de peligro tampoco debe realizarse en base a un juicio probabilístico *ex-post*, como propone parte de la doctrina tradicional, toda vez que con ello pierde precisamente su carácter concreto como fórmula de acreditación de la lesividad. De usarse esta vía tampoco sería afirmada la lesividad sino potencialmente, siendo en definitiva presumida, como consecuencia de un juicio meramente estadístico o de “*probabilidad*”<sup>33</sup>. Volveremos a este punto más adelante.

La atribución de un concepto normativo no probabilístico para la acreditación del “*peligro concreto*” y la supresión de los llamados delitos de peligro abstracto –ya sea por vía de la reforma legal o mediante la interpretación dogmática- parecieran, hasta este momento, como el único camino posible en miras a compatibilizar la existencia de los delitos de peligro como alternativa político criminal a los delitos de lesión, en un marco que de cuenta de las tradicionales exigencias de legitimación de la intervención penal en el contexto de un Estado de Derecho.

A la luz del estado actual del desarrollo dogmático y político legislativo ello no necesariamente es así. Lo que sucede es que en el análisis tradicional se confunde el papel que juega el resultado en las descripciones típicas, como elemento separado de la conducta (resultado material), con aquél que juega el resultado jurídico del delito como fundamento del injusto. Se confunde entonces la relación de lesividad que une a la conducta con el bien jurídico (que puede ser de peligro o de lesión) con la técnica legislativa empleada en la descripción de los elementos que darán cuenta de la conducta punible (que puede ser de mera actividad o de resultado material). Así, es posible concebir delitos de mera actividad y de resultado material que lesionan el bien jurídico, como también es posible imaginar delitos de peligro con ambos caracteres.

---

<sup>32</sup> Vid. RODRIGUEZ MONTAÑES, Op. cit., pág. 494

<sup>33</sup> El juicio de peligro probabilístico o estadístico no detenta justificación alguna, como juicio abstracto, cuando es ejecutado *ex-post*, toda vez que en sus propias conclusiones asumiría una contradicción insalvable a la hora de afirmar el peligro: Así, se dirá que habrá peligro cuando de acuerdo a las normas de la experiencia, reglas de la naturaleza, técnicas, etc., se estime que debía producirse la lesión, porque ella era probable, posible o incluso cierta. Eso se afirmará no obstante que en el caso concreto no se produjo, constituyendo la excepción que confirma la regla. Ello lo evidencia como un juicio abstracto, no concreto, inútil por ello para acreditar la lesividad. Se cita la reflexión toda vez que éste corresponde a uno de los criterios tradicionales de acreditación del resultado de peligro en los delitos de peligro concreto, a lo cual volveremos con más detalle.

La confusión radica en asumir un papel único del “*peligro*” en el contexto de todos los “*delitos de peligro*”. De la misma fuente derivan las dificultades de asumir su acreditación y su función en el contexto de la lesividad que deriva de la conducta<sup>34</sup>.

Por ello, es que, en relación a los delitos que fundan su mérito en la puesta en peligro de un bien jurídico, se hace necesario distinguir primariamente y de manera clara “*la peligrosidad de la conducta*” con el “*peligro*” que ésta puede generar como efecto separado de la misma, esto es, como resultado<sup>35</sup>. En el primer caso estaríamos frente a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto, o más precisamente, “*delitos de peligrosidad*”, como técnica formal de descripción de mera actividad (o de aptitud), mientras que en el segundo estaríamos en presencia de delitos de resultado de peligro o delitos de peligro concreto, en la terminología tradicional<sup>36</sup>. La lesividad para el bien jurídico, en ambos casos, debe ser valorada o si se prefiere, debe resultar afirmada o sustentada, sobre la base de los elementos contenidos en las descripciones típicas o extraídos de ellos<sup>37</sup>.

En este escenario, el juicio de legitimidad de las tradicionalmente llamadas figuras de peligro abstracto, depende más bien de si se acepta que la justificación de la punición se apoye exclusivamente sobre la base de un juicio de peligrosidad que recaiga en la conducta<sup>38</sup>. Ello podría afirmarse por dos vías diversas. La primera consiste en asumir que es posible afirmar la concurrencia de “*peligro para el bien jurídico*” (que se lo está protegiendo) sobre la base de un juicio de peligrosidad que recae en una conducta. La segunda consiste en entender que resulta legítimo construir todo el peso de la antijuridicidad material sobre una cualidad de la acción, prescindiendo del desvalor del resultado (tesis monistas).

Lo cierto es que, fuera de ambos supuestos -cuyo análisis descriptivo asumiremos brevemente- no existe fórmula alguna que permita concebir la legitimidad de las formulaciones que pretenden la punibilidad de comportamientos respecto de los cuales no es siquiera posible afirmar un juicio de peligrosidad, en el marco de las exigencias tradicionales de legitimación del derecho a sancionar<sup>39</sup>. Antes de continuar con el desarrollo propuesto, describiremos brevemente algunas reflexiones en torno a la definición del “*peligro*” en el contexto de la problemática que nos ocupa.

---

<sup>34</sup> Vid. HIRSCH, HANS-JOACHIM: “Peligro y peligrosidad”, en ADPCP, 1996, Fasc. II, pág. 514.

<sup>35</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit., págs. 522 y 523. Asimismo, Torio López, Op. cit. pág. 827.

<sup>36</sup> Vid. CURY, Op. cit., pág. 293; MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico...*, pág. 313 y 314.

<sup>37</sup> Hirsch afirma la posibilidad de concebir idealmente delitos de peligrosidad abstracta y concreta, según si ésta es presumida por la descripción legal o afirmada por un juicio de valoración en concreto, asumiendo como legítima sólo esta última opción. Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 523.

<sup>38</sup> Vid. TORIO LOPEZ, Op. cit. pág. 827 y 828.

<sup>39</sup> Idem.

### 3. Conceptualización del peligro como resultado y de la peligrosidad como cualidad de la conducta (el peligro como técnica legislativa)

El peligro constituye una categoría o elemento que cumple múltiples funciones sistemáticas en el contexto de la estructura del delito. Se recurre a éste como criterio objetivo de imputación en sede de tipicidad, tanto en el contexto de la imputación objetiva como forma de asociación o vinculación entre un resultado y una determinada conducta o comportamiento esperado (en la comisión por omisión, sobre la base del criterio de injerencia como sustento de la posición de garante) o como criterio de imputación subjetiva en tanto sustrato de la previsibilidad en que se puede fundar la culpa<sup>40</sup>. También cobra relevancia en sede de antijuridicidad, como una de las alternativas de fundamento de la antijuridicidad material (peligro para el bien jurídico), donde recibe aplicación en los delitos de peligro y en etapas previas a la consumación en delitos de lesión (particularmente en lo relativo a la calificación de la idoneidad de la tentativa). Finalmente, cumple un papel de relevancia como presupuesto de legitimación de justificantes, particularmente de la legítima defensa y del estado de necesidad.

No obstante esta multiplicidad de funciones atribuibles al concepto de peligro, baste una somera revisión del desarrollo dogmático que lo aborda para percibir la disparidad de opiniones que a este respecto coexisten en la actualidad, siendo un ámbito ajeno a las esferas del consenso<sup>41</sup>. Incluso podemos señalar que la temática del peligro, en el contexto de los fundamentos de lo injusto, ha obligado a llevar a los extremos a las tesis dualistas, mayoritarias en la actualidad, generando asimismo problemas en la configuración del juicio de lesividad en algunas formulaciones monistas<sup>42</sup>.

Más allá de esta diversidad, parece posible extender algunas consideraciones que nos parecen básicas para demarcar el ámbito de la reflexión. Primero que nada, y como ya adelantamos, resulta básico distinguir el “*peligro*” como concepto aplicado a una conducta, de aquél que se puede afirmar como consecuencia o resultado de una conducta<sup>43</sup>. En el primer caso corresponde a una “*cualidad*”, atribuible por ello a una conducta (“*peligrosa*”) mientras que en el segundo caso corresponde precisamente a un efecto, una consecuencia o resultado (“*el peligro*”), que puede afirmarse como concepto de relación (transitivo).

---

<sup>40</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 510, 524 y 526.

<sup>41</sup> Tampoco es pacífico el saber si los conceptos de “*peligro*” o “*peligrosidad*” tienen un contenido uniforme o variable según el lugar en que cumplan una función en la estructura del delito. Sobre ello, Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 510, 511 y 520.

<sup>42</sup> Vid. SILVA SANCHEZ quien incluso en el ámbito de la justificación de la tentativa inidónea, que según veremos resulta equivalente en su significado en el ámbito de la desvaloración material que fundamenta el injusto, declara que constituye una “*excepción*” por fines político criminales. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Edit. J.M. Bosch Editor, Reimpresión, Barcelona, 2002., pág. 419.

<sup>43</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 513.

Para afirmar ambos conceptos (“*peligro*” y “*peligrosidad*”) se requiere de un juicio de valoración, recurriéndose hoy en día de forma predominante a criterios de naturaleza objetiva<sup>44</sup>. Entre ellos las opciones varían, existiendo formulaciones que exigen una valoración desde el nivel de conocimiento subjetivo de la situación -en concreto- que el actor tenía al llevar a cabo la conducta, un nivel de conocimiento objetivo de la situación de un observador omnipresente, la necesidad de una valoración técnicamente experta o pericial o la consideración de los conocimientos especiales del propio autor en el momento del hecho. Estos criterios, además, juegan entre sí en relación al momento en que debe efectuarse la valoración (*ex-ante* o *ex-post*)<sup>45</sup>.

Como síntesis, asumimos que mayoritariamente se predica la “*peligrosidad de la conducta*” en base a un juicio *ex-ante*, de carácter objetivo, a ser, por ende, realizado por un observador imparcial, con el nivel de conocimiento y conciencia de la realidad que detentaba el actor en concreto, incluyendo sus capacidades personales<sup>46</sup>. Es un juicio objetivo, toda vez que si bien se persigue acreditar una impresión -de por sí subjetiva- se trata de aquella que cualquiera de nosotros tendría en el mismo lugar y situación. Se trata por ello de un juicio concreto y no abstracto<sup>47</sup>. Por lo mismo, este juicio no dice relación alguna con lo que haríamos o habríamos hecho en la misma situación, sino que se refiere a cómo cualificar una determinada situación de hecho que ya ocurrió, pero antes de que ocurra<sup>48</sup>.

No resulta posible atribuir a la conducta *ex-post* un carácter peligroso, sino sólo lesivo o inofensivo, según cual haya sido el resultado derivado de su ejecución. Así, la conducta que genera una lesión, fue o pudo ser (*ex-ante*) peligrosa y ahora (*ex-post*) es lesiva, mientras que la conducta que no genera un resultado lesivo fue o pudo ser (*ex-ante*) peligrosa y ahora (*ex-post*) es inofensiva. Ello no quiere decir, necesariamente, que el peligro no exista, sólo que la

---

<sup>44</sup> Las teorías subjetivas no sólo no reconocen la existencia del peligro, sino que lo definen en base a una percepción de corte subjetivo de un determinado observador, en orden a la emisión de un juicio probabilístico. Si bien en todo juicio de valor se recurre a parámetros que dependen de una percepción subjetiva, la diferencia radica en que los criterios objetivos se acota el ámbito de la percepción humana a la constatación de concurrencia de los parámetros que se definan, generando un ámbito de validez general. Sobre las teorías subjetivas Vid. MENDEZ RODRIGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* Madrid, 1993, págs. 52 a 56.

<sup>45</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit, págs. 516 y ss.

<sup>46</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico...*, pág. 316 y en *Límites dogmáticos...*, pág. 411; en cierto sentido, si bien a propósito del tratamiento de la idoneidad de la tentativa se pronuncia en este sentido MAÑALICH, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 4, pág. 147.

<sup>47</sup> Los llamados “*tipos con carga ofensiva*” dan cuenta de un juicio similar pero abstracto, extraído de la propia descripción del legislador y no de las circunstancias del caso. A nuestro juicio detentan las mismas incompatibilidades que los delitos de peligro abstracto a los principios de lesividad y de culpabilidad. Sobre ellos Vid MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, págs. 4120 y ss.

<sup>48</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: “La idea del peligro en el moderno derecho penal- Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992.”, en AP N°26/27, 1994, pág. 488.

peligrosidad como atributo de la conducta no puede afirmarse en base a elementos posteriores a su ejecución. Asumimos por ello que es imposible hacerlo<sup>49</sup>. La conducta que no generó lesión, bajo este prisma, no es ahora, *ex-post*, peligrosa sino inofensiva, pudiendo haberlo sido sólo previamente. La cualidad de la conducta (*peligrosidad*) es, por ende, independiente del resultado de lesión o peligro<sup>50</sup>.

Por su parte, no resulta fácil afirmar el juicio de “*peligro*”. Para ello se han formulado teorías naturalísticas –casi en desuso en la actualidad- y normativas, recurriendo estas últimas a criterios que buscan diferenciar las causas por las cuales no se produjo en definitiva el resultado lesivo (el peligro, es siempre peligro de lesión)<sup>51</sup>. Muchas de estas propuestas, por lo demás, parecen confundir o desvirtuar el objeto de sus contenidos, afirmando en algunos casos formas o criterios de atribución, en base a los cuales se busca imputar objetivamente un riesgo o peligro a una determinada conducta<sup>52</sup>, sin precisar en qué consiste aquello que están imputando, esto es, la concurrencia objetiva del peligro<sup>53</sup>.

Cabe mencionar que, según ya adelantamos, no nos parecen atendibles –por incompletos- los criterios que persiguen probabilísticamente determinar la existencia del peligro en un momento *ex-post*, aun cuando ellos vayan apoyados por un juicio fundado en reglas de conocimiento técnico, científico o de expertos. En esos casos se busca afirmar la “*probabilidad de la lesión*” en base al conocimiento de la situación *ex-post*, la que de estimarse concurrente, conllevaría a la afirmación del peligro<sup>54</sup>. Sin embargo, se trata precisamente del análisis de situaciones en las que el riesgo de lesión no se concretó, constituyendo por ello, en caso de afirmarse el peligro, excepciones al juicio probabilístico que lo sostiene, lo que confirma que se trata de un juicio incierto si lo analizamos en concreto.<sup>55</sup> Dicho de otra forma, si la regla indica que en el caso concreto que se analiza (como situación de peligro) debió haberse producido la lesión, lo cierto es que ello no ocurrió, de donde puede afirmarse que sólo hubo un peligro “*estadístico*” o “*probabilístico*” en base a que era “*esperable*” la lesión, no porque ella se produjo o porque en el caso concreto se

---

<sup>49</sup> Vid. CEREZO MIR, Op. cit., pág. 49; SOLA RECHE, *La llamada <tentativa inidónea> del delito. Aspectos básicos.*, Edit. Comares, Granada, 1996., pág. 99 y 100.

<sup>50</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit., pág. 513.

<sup>51</sup> Vid. ROXIN, Op. cit., pág. 405 y 406; Rodríguez Montañés, Op. cit., pág. 495.

<sup>52</sup> En este sentido CEREZO MIR, Op. cit., pág. 51 y 52.

<sup>53</sup> De ahí que algunas de estas propuestas asimilen al peligro abstracto a la conducta imprudente, asumiendo como elemento común y definitorio el constituir infracciones al cuidado debido. Sobre ello Vid. descripción en ROXIN, Op. cit., pág. 408.

<sup>54</sup> Vid., p. ej. CEREZO MIR, pág. 49.

<sup>55</sup> Sobre esta base CEREZO MIR entiende que se debe realizar el juicio –con carácter probabilístico- en el momento *ex-ante*, con lo que a nuestro juicio resulta difícil diferenciar este juicio de aquél que puede afirmarse para determinar la peligrosidad de una conducta, pasando ambas calificaciones a expresar un contenido del todo análogo o equivalente. Vid. CEREZO MIR, Op. cit., pág. 50 y 52. En el sentido defendido en el texto, MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico...*, pág. 316.

produciría, ya que de hecho no ocurrió<sup>56</sup>. No se trata por ende de un juicio fundado en concreto, esto es, en base a la situación que se analiza ex - post, sino de un juicio abstracto, toda vez que lo único que afirma -en abstracto- es que la conducta, en esa situación y bajo esas condiciones, “*debería haber producido una lesión*”, sin que importen las causas por las cuales ésta no se produjo, en concreto.

En este contexto, pareciera existir “*el peligro*” cuando era esperable – probabilísticamente- la lesión y ésta no se ha producido *por causas que no son pre-existentes o coetáneas al hecho*. Si la evitación del resultado lesivo esperado se produce por una acción posterior del propio actor que ha generado la probabilidad de lesión, o por una causa diversa también posterior al hecho, habrá resultado de peligro. La evaluación se hace en concreto y *ex-post*, asumiendo primero la probabilidad de lesión y luego la precisión de las causas de evitación<sup>57</sup>.

En ello, resulta indiferente que la conducta generadora de la probabilidad de lesión sea catalogable como “*peligrosa*”, en tanto ello corresponde al ámbito de la imputación de ese resultado de peligro a la misma. De ser el caso, habrá que recurrir a los criterios de imputación en su conjunto para realizar dicha afirmación<sup>58</sup>. Cabe recordar a este respecto que, como todo resultado (de lesión o de peligro), debe ser imputable a la conducta, en tanto corresponden a elementos del todo diferenciables. Ello naturalmente no sería necesario en los delitos de peligro de mera actividad (delitos de “*peligrosidad*”) en tanto en estos casos el peligro para el bien jurídico se debería extraer ya desde la propia ejecución de la conducta, al símil de como ocurre con los delitos de mera actividad de lesión. Sin embargo, según veremos y conforme a lo que ya hemos adelantado a este respecto, ello no resulta posible.

Los delitos de lesión por mera actividad se fundan en formulaciones típicas que describen una conducta de por sí lesiva, donde su sola realización provoca el daño para el bien jurídico sin necesidad de que medie una consecuencia separada temporal o espacialmente de aquella. Así, y según ya analizamos, en estos casos no

---

<sup>56</sup> Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 5.

<sup>57</sup> En un sentido diverso CEREZO MIR, quien entiende que no es posible realizar un juicio sobre el resultado de peligro ex -post, toda vez que precisamente el resultado no se produjo. Así, entiende que el juicio debe situarse ex - ante. Como señalamos, creemos que en esta fórmula se confunde precisamente el juicio de probabilidad de lesión con el juicio de afirmación del peligro, el que efectivamente necesita afirmar las causas de la no producción del resultado lesivo en el momento posterior, según señalamos. Vid. CEREZO MIR, Op. cit, pág. 50.

<sup>58</sup> A este respecto MIREXTU CORCOY B. (*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Edit, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 162) evidencia el que la mayoría de las teorías normativas sobre el peligro, confunden los planos de análisis, proponiendo criterios de imputación del resultado de peligro más que criterios que permitan afirmar su concurrencia. Dentro de ellos, destacan las teorías que fundan el peligro en la dominabilidad del resultado (peligro de lesión) por parte de la conducta o de su pertenencia al ámbito organizativo de la conducta. Se evidencia asimismo esta confusión en la propuesta expuesta por MENDEZ RODRIGUEZ (Op. cit., pág. 122 y 123) atribuida a Ostendörf.

se trata de una conducta peligrosa o potencialmente lesiva que genera o produce una lesión que le es imputable, que es lo que ocurre en los delitos de resultado de lesión, sino de una conducta de por sí lesiva.

Sin embargo, no resulta simple realizar este mismo ejercicio en caso de los delitos de peligro, no obstante la equivalencia de las categorías. Lo que ocurre es que conceptualmente el peligro es una condición o estado que se afirma por relación, ya sea respecto de un potencial resultado o de una conducta realizada. En el primer caso se configura como una cualidad que se atribuye a la conducta “*generadora*” del mismo, la que pasa a ser “peligrosa”. En el segundo caso, se predica como un estado o condición generado por una conducta, en relación a un resultado lesivo potencial o probable.

Sobre esta base, resulta imposible concebir el “*peligro*” en una conducta, como consecuencia o como resultado, sino sólo su “*peligrosidad*”<sup>59</sup>. Como contrapartida –lógica- el peligro aparece como la consecuencia de un juicio *ex-post* que afirma su derivación de una determinada conducta o situación, siendo imposible afirmar en base a este procedimiento la “*peligrosidad*” de la conducta. Es decir, y según ya revisamos, en un juicio *ex-post* la conducta es lesiva o inofensiva, no peligrosa, pudiendo en todo caso afirmarse que fue peligrosa, lo que se determina sólo con un juicio *ex-ante*.

Ello nos enfrenta a la necesidad de concebir en los delitos de peligro la mera actividad como “*conducta peligrosa*”, sin más aditivos o elementos, a ser acreditada en la forma antes señalada. Esta apreciación no importa adelantar, en este momento, un juicio acerca de la legitimidad de una construcción típica de estas características en el ámbito del derecho penal, en razón al cumplimiento del principio de lesividad, de lo que nos ocuparemos más adelante.

### **III. PROBLEMATICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO EN EL MODERNO DERECHO PENAL**

#### **1. Los delitos de peligro en el derecho penal de la sociedad del riesgo.**

Las dudas de legitimidad que hemos esbozado debieran a estas alturas encender una señal de alerta que implícitamente nos lleve a procurar obviar el uso de descripciones típicas que pretendan justificar la aplicación de una pena en casos de peligro para un bien jurídico-penal sobre la base de una descripción formal o de mera actividad. Sin embargo, en la actualidad, la tendencia precisamente se ha orientado en el camino inverso. Así es posible advertir no sólo un aumento considerable de figuras penales que fundan su mérito en consideraciones relativas al “*peligro*” causado por una determinada conducta para diversos bienes jurídicos,

---

<sup>59</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 513 – 515.

sino además el que muchas de ellas no consideran en sus formulaciones típicas la necesidad de acreditar o afirmar un resultado de peligro que las justifique materialmente. De hecho, en ocasiones el texto expreso de las descripciones ni siquiera exige afirmar su peligrosidad<sup>60</sup>.

Esta mayor consideración del peligro en el contexto del derecho penal –en todas sus expresiones- es descrita modernamente como una consecuencia de los caracteres propios de la sociedad contemporánea, denominada a estas alturas de manera usual como una “*sociedad del riesgo*”<sup>61</sup>. El desarrollo tecnológico, la globalización y el dinamismo que la caracteriza, generan efectos en las conductas humanas y en las relaciones interpersonales que han producido un notable cambio en las percepciones y valoraciones. Así, las posibilidades de interacción global y las potencialidades adquiridas por el desarrollo tecnológico, hacen que determinadas realidades sociales, existentes desde siempre, hayan cobrado un interés especial y de relevancia, fundamentalmente en razón a que hoy en día aparecen como potenciales “*objetos vulnerables*”, carácter del que carecían con anterioridad. Ello ha permitido atribuirles incluso el *estatus* de constituir intereses dignos de tutela penal. Por otro lado, esas nuevas posibilidades que concede la globalización y la tecnología han incidido en la generación de nuevas formas de afectación de bienes jurídicos tradicionales, o al menos, han generado una multiplicación potencial de los efectos que derivan de su destrucción o lesión<sup>62</sup>.

Asimismo, el desarrollo habitual de conductas riesgosas que es propio de la interacción en la sociedad actual<sup>63</sup>, ha elevado la consideración de los deberes de cuidado en el actuar humano, transformando múltiples tareas cotidianas en actividades regladas. Por otra parte, el propio desarrollo tecnológico ha permitido reducir las consecuencias socialmente dañosas que derivan de causas ajenas a la actividad del hombre, aumentando sus niveles de control, con lo cual se concentran las posibilidades de producción de dichos resultados en condiciones que resultan imputables al actuar humano, tanto por acción como por omisión<sup>64</sup>.

A ello se suma un creciente aumento en la sensación de inseguridad de los integrantes de esta “*sociedad del riesgo*”, que deriva de una multiplicidad de factores que también son descritos como consecuencias de los caracteres de la sociedad contemporánea. Por una parte, el dinamismo que asume el desarrollo tecnológico en la actualidad nos expone habitualmente a cambios en las modalidades de

---

<sup>60</sup> Vid. HIRSCH, Op. cit, pág. 510; MAQUEDA ABREU, Op. cit., pág. 481.

<sup>61</sup> Término atribuido a la denominación propuesta por Ulrich Beck. Vid. BECK, “La sociedad del riesgo...”, *passim*.; del mismo, “La sociedad del riesgo global”, *passim*.; De La Cuesta Aguado, Paz M.: “Sociedad tecnológica y Derecho Penal del riesgo”, en RDPP Nº4, 2000, págs. 133 y 134.

<sup>62</sup> En este sentido ALCACER GUIRAO, RAFAEL: “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en RECPC 04-08, 2002, en <http://www.criminet.ugt.es/recpc>, pág. 7.

<sup>63</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Op. cit., pág. 134 y 136.

<sup>64</sup> En este sentido ALCACER G.: *La Protección del futuro...*, pág. 7; MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, págs. 25 a 28; SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, págs. 27 y ss.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases...*, págs. 65 y ss.

ejecución de conductas cotidianas, generando una necesidad constante de adaptación. Asimismo, la complejidad de la interacción en las grandes zonas urbanas que exige la estandarización, ritualización o automatización de las relaciones interpersonales, el individualismo y pragmatismo que imponen las relaciones de mercado hoy imperantes y el -a veces inabarcable- incremento de los niveles de información existentes en la actualidad, contribuye a generar una sensación de descontrol respecto de la propia vida<sup>65</sup>. Ello hace que la seguridad, como interés, cobre un especial sitio de relevancia<sup>66</sup>, generando evidentemente un rechazo frente a situaciones que se nos presenten como riesgosas o peligrosas.

Así, tanto el aumento de los riesgos como el que experimenta la sensación de inseguridad latente parecieran constituir caracteres propios y definitorios de la sociedad contemporánea. Ambos, asimismo y por separado, inciden en la configuración del llamado “*moderno derecho penal*”, caracterizado, sobre esta base, como un modelo “*en expansión*”<sup>67</sup>. Esta “*expansión*” se expresa en todas las dimensiones posibles de imaginar<sup>68</sup>, aumentando tanto el ámbito de control (hipertrofia de bienes jurídicos y de tipos penales) como también los medios de control (técnicas de tipificación). Esto último se traduce básicamente en el uso cada vez más habitual de técnicas legislativas orientadas al aumento de los niveles de eficacia en el control de riesgos -lo que Albrecht denomina “*derecho penal preventivo*”-<sup>69</sup> muchas de las cuales implican establecer mecanismos que desformalizan al recurso penal<sup>70</sup>, (leyes penales en blanco, tipos penales abiertos o sobre la base de una amplia referencia a elementos normativos<sup>71</sup>, con lo cual se busca aumentar las esferas de control administrativo y judicial)<sup>72</sup> o que aumentan los niveles de atribución de responsabilidad, mediante la consagración habitual de delitos culposos y la imputación de resultados lesivos en hipótesis de comisión por

---

<sup>65</sup> A ello se agrega, como carácter constitutivo, lo que Silva Sánchez denomina como “*una sociedad de sujetos pasivos*”, que busca la estabilidad en sus condiciones básicas de vida, demandante del Estado y no emprendedora. Vid. SILVA SANCHEZ, *La Expansión...*, págs. 41 y ss; Oo. en DIAZ PITA/FARALDO CABANA: “La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, en RDPP N°7, 2002, págs. 122 y ss.

<sup>66</sup> Vid. ALBRECHT, PETER-ALEXIS: “El derecho penal de la intervención de la política populista”, en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, serie Estudios de Derecho Penal N° 15, Granada, 2000, pág 474, agregando que con ello: “*la seguridad se convierte en un concepto simbólico*”. En el mismo sentido SILVA SANCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° Edición, Edit. Civitas, Barcelona, 2001, pág. 40.

<sup>67</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, Op. cit. *passim*.

<sup>68</sup> Vid. ALBRECHT, Op. cit., pág. 484.

<sup>69</sup> Vid. ALBRECHT, Op. cit., pág. 483.

<sup>70</sup> Vid. ALBRECHT, Op. cit., pág. 482 y ss. Cerezo Mir, Op. cit., pág. 55 y 59.

<sup>71</sup> Vid. FERRAJOLI, Op. cit., pág 4.

<sup>72</sup> “*De poco o nada sirve, en efecto, proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, si una inadecuada aplicación del principio de legalidad penal se materializa en tipicidades de elasticidad tan grande que pueden abarcar cualquier comportamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección, los cuales, así, son ratio, pero no límite de las incriminaciones.*”, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Op. cit., pág. 22 – 23.

omisión sobre la base del criterio de injerencia<sup>73</sup>, reforzando con ello el recurso al “*deber de cuidado*”<sup>74</sup>.

Por otro lado, se refuerza el carácter preventivo del derecho penal mediante una sobrevaloración de sus funciones simbólicas, o, lo que es lo mismo, a través de un adelantamiento excesivo de las barreras de punición, con dicho fin (“*adelantamiento en el ámbito previo*”<sup>75</sup>). Para ello se recurre primordialmente a figuras penales descritas en base a conductas que no afectan bienes jurídicos, sino que los ponen en peligro, o inclusive, que sólo “*parecen*” ponerlos en peligro, o más bien, porque “*parecen producir dicho efecto subjetivo*”. En ellas resulta “*hipotético y hasta improbable la lesión del bien*”<sup>76</sup>. En concreto, se recurre a diversas fórmulas que dan cuenta del tradicional concepto atribuido a los llamados delitos de peligro abstracto, esto es, amparándose en que se fundan en un peligro que ya ha sido valorado por el legislador y que por ende resulta presumido en la norma<sup>77</sup>. Se pueden reconocer, entre ellas, diversas categorías o estructuras, fundadas hipotética o materialmente en condiciones de peligro para el bien jurídico, a cuya descripción –breve- dedicaremos el siguiente apartado<sup>78</sup>.

Con esta misma línea de efectos y particularmente en base a fórmulas fundadas en el peligro, o que lo presumen, se busca la solución de problemas de acreditación procesal (se evita la prueba de resultados y de las relaciones de imputación)<sup>79</sup>, promoviéndose además la punición de actos preparatorios con ese mismo fin<sup>80</sup>.

---

<sup>73</sup> Vid. DE LA CUESTA, Op. cit., pág. 136.

<sup>74</sup> Sobre el aumento de las esferas de atribución de responsabilidad como medio de estabilización social, Vid. ALCACER G.: *Protección del futuro...*, pág. 7 y 8.

<sup>75</sup> Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, MARIA ISABEL: *El Moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, edición Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, *passim*, especialmente págs. 12 a 17.

<sup>76</sup> Vid. FERRAJOLI, Op. cit., pág. 4.

<sup>77</sup> Para una breve descripción de los argumentos de corte ideológico que sustentan el recurso a los delitos de peligro frente a nuevos riesgos, Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Op. cit., pág. 138.

<sup>78</sup> Sólo a título de comentario cabe destacar como concurre en dichas formulaciones la ilusa pretensión de que el sistema opere en forma inmediata frente a la ocurrencia de la conducta incriminada, asumiendo que por ello, al sancionar un comportamiento de riesgo, se está evitando la lesión. Lo cierto es que muy probablemente el sistema actuará en instancias muy posteriores, incluso respecto del daño, con lo cual las consecuencias prácticas del uso de dichas formulaciones se trasladan a otros ámbitos. Básicamente, entonces, se logra efectivamente un resultado diverso, cual es facilitar la prueba de cargo, en tanto se suprime la necesidad de dar cuenta del resultado y de la relación de imputación.

<sup>79</sup> En este sentido Vid. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit., pág. 121; HASSEMER, W. “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, en ADPCP, 1992, Fasc. I, pág. 242.

<sup>80</sup> Vid., HASSEMER, W.: “*¿Porqué y con que fin se aplican las penas?*”, en del mismo: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 206. En el mismo sentido CERREZO MIR, Op. cit., pág. 55.

Cabe destacar que en el contexto de la creación de nuevos bienes jurídicos es posible apreciar cómo en algunos casos el objeto de su construcción precisamente radica en pretender justificar, aunque sea idealmente, la lesividad de la conducta, o al menos la dirección u orientación protectora que se le atribuye a la norma. Así, al no existir vinculación directa entre la conducta que se quiere sancionar y algún interés, se suele contextualizar alguno, el que resulta lo suficientemente difuso –por su génesis– como para sustentar el análisis de su lesión, por definición abstracta (son los llamados bienes jurídicos intermedios)<sup>81</sup>.

Finalmente, se evidencia la necesidad simbólica de dar señales de firmeza en la represión de conductas de relevancia penal, promoviéndose iniciativas de rigidización del sistema de penas, en todos los ámbitos. En el sistema legislativo ello se traduce en un aumento de las sanciones penales, en la punición análoga de todas las etapas de ejecución del delito (directamente o en base a los llamados delitos de emprendimiento)<sup>82</sup> y en la consagración de restricciones legales en el ámbito de las modalidades de ejecución de penas.

Esta necesidad simbólica que se refleja tanto en expresiones de corte represivo como en muestras demagógicas de derecho penal (carentes de contenido instrumental real) busca fundamentalmente dar tranquilidad frente a la sensación de inseguridad, más que enfrentar los riesgos o nuevos riesgos de la sociedad moderna<sup>83</sup>. Así, “cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados el legislador, obtiene, por lo menos la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídicos penales”<sup>84</sup>. Los bienes jurídicos o intereses “sensibles” frente a la “sensación de inseguridad” se asumen en esta perspectiva como una “fuente” que habilita y que exige la intervención penal, olvidándose no sólo su papel limitativo<sup>85</sup>, sino también instrumental<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Sobre el debate en torno a los llamados bienes jurídicos intermedios Vid. MENDOZA BUERGO, págs. 70 y ss; SOTO NAVARRO, págs. 179 y ss; y, particularmente, el completo y sintético análisis de las perspectivas y posibilidades que sobre esta categoría ofrece MATA Y MARTIN (*passim*), con independencia que en general, y por las razones que brevemente exponemos en el texto, no podamos compartir buena parte de sus conclusiones y proposiciones.

<sup>82</sup> Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit, pág. 47 y ss.

<sup>83</sup> Vid. MORALES PRATS: “Funciones del Derecho Penal en la sociedad civil.”, en RDPP N°1, 1999, pág. 15.

<sup>84</sup> Vid. HASSEMER, W.: “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal” <efímera>, en del mismo: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 90.

<sup>85</sup> Para algunos como Silva Sánchez, ello deriva en parte de las características del Estado de bienestar (social), siendo incompatible con el derecho penal mínimo. Ello toda vez que la función de intervención social pro-activa hace al Estado destinatario de una misión de protección de los ciudadanos pasivo-dependientes, que demandan de éste la intervención para enfrentar sus necesidades, dentro de las que se circunscribiría la seguridad. (Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión...*, pág. 42 y 52). Compartimos la opinión contraria a dicho planteamiento expuesta por DIAZ PITA/FARALDO CABANA, quien asume la compatibilidad, en base a la diversidad de medios con que cuenta el Estado en forma previa al derecho penal para asumir dichas funciones, lo que resulta perfectamente compatible con la idea de subsidiariedad en cuya base se propone el

Con ello se asume que el derecho penal ha perdido su condición como escudo de garantía de los ciudadanos frente al eventual exceso de la fuerza estatal, concepto propio de la configuración del modelo de regulación penal de la ilustración<sup>87</sup>. Por el contrario, hoy en día se asume que “*el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la época. Los ciudadanos tienen cada vez menos interés en que el Estado guarde sus armas y sus conocimientos específicos para defender su libertad. Antes bien, los ciudadanos apuestan cada vez más por la fuerza estatal a la hora de luchar contra los peligros de la vida y el resquebrajamiento de la norma. Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad*”<sup>88</sup>.

En la actualidad, entonces, más que una solución frente a los nuevos riesgos, se busca un control de la sensación de inseguridad, lo que se obtiene fácilmente recurriendo al derecho penal (lo que se denomina “*huida al derecho penal*”)<sup>89</sup>. como instrumento barato –para el presupuesto público inmediato- y efectivo que muestra una enérgica respuesta frente al peligro, o como instrumento de seguridad, sin que en este contexto preocupe –a nadie, ni a los ciudadanos (o electores) ni a las autoridades elegidas (re – elegibles)- la legitimidad del recurso, desde el punto de vista de las garantías básicas del Estado de Derecho. En palabras de Silva Sánchez: “*al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del estado de derecho: al contrario éstas se ven veces denostadas como demasiado < rígidas > y se abona su < flexibilización >*”<sup>90</sup>. “*La expresión < cambio libertad por seguridad > describe certeramente la actitud cada vez más extendida de los ciudadanos en relación con los derechos fundamentales*”<sup>91</sup>.

De ahí que la “*señal de protección del bien jurídico*” se traduzca necesariamente en una exagerada muestra demagógica de corte netamente simbólico, la que se busca con independencia de que la conducta que se proscribe sea lesiva o inclusive peligrosa para algún interés o bien jurídico, siempre y cuando éste parezca – subjetiva o simbólicamente- encontrarse en el ámbito del riesgo que se pretende controlar con la prohibición o mandato.

---

minimalismo. (Op. cit., pág 122). En el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en ADPCP, 1990, Fasc. I, págs. 14 y 19.

<sup>86</sup> Vid. HASSEMER: *Raíces y crisis...*, pág. 239: “*La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización (...) ha conducido a una demanda de criminalización*”.

<sup>87</sup> Vid. LISZT, págs. 86 y 90; ROXIN, *Derecho Penal*, págs. 138, 223 y 224. En el mismo sitio (pág. 138), Nota 3, ver la precisión que el autor realiza a la referencia hecha al “*delincuente*” por Liszt; Asimismo Vid. ZAFFARONI, *Derecho Penal*, pág. 321.

<sup>88</sup> Vid. HASSEMER: “La Policía en el Estado de Derecho”, en del mismo, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 270 – 271.

<sup>89</sup> Vid. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit., pág. 122.

<sup>90</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, J.M.; en *La expansión...*, pág. 41. En el mismo sentido HERZOG señala “*El legislador (...) se enfrenta a un público que se pregunta si el derecho penal tradicional no está anticuado y debe retornarse al arcaico modelo de derecho penal como violencia controladora*”. Vid. HERZOG, FELIX: “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, en RP N° 4, 1999, pág. 56.

<sup>91</sup> Vid. HASSEMER, W.: *La policía...*, pág. 272.

## 2. Los diversos “*delitos de peligro abstracto*” del moderno derecho penal

En la actualidad, la tradicional y simple fórmula que describe a los delitos de peligro abstracto por oposición a los delitos de peligro concreto -definiéndolos en base a la presunción de peligro sustentada por el legislador- no sólo es inexacta -según ya detallamos- sino que además ha quedado del todo desfasada, toda vez que no da cuenta de las diversas consideraciones y estructuras a las que recurre el legislador para describir tipos penales de mera actividad fundados -real o aparentemente- en la puesta en peligro de bienes jurídicos, pasando la categoría a ser un fondo o recipiente que incluye, por exclusión, a una serie de modalidades típicas, perfectamente diferenciables<sup>92</sup>, que detentan como elemento común el que no se exige la acreditación de un resultado de peligro<sup>93</sup>. En algunos casos, estas diferencias permiten, en nuestra opinión, proponer bases para emitir juicios de legitimidad diversos, de donde deriva la importancia de una adecuada y precisa contextualización.

En algunos casos, y siguiendo la fórmula tradicional, el legislador considera dicha peligrosidad como concurrente en una determinada conducta por su sola realización objetiva sobre la base de una valoración estadística, afirmando por ello que su ejecución genera un grave riesgo de afectación de bienes jurídicos (**peligro abstracto en el sentido tradicional**). El ámbito de impunidad en el que el legislador realiza esta evaluación -bajo al tradicional excusa de la “*presunción de derecho*”- ha permitido que en una multiplicidad de casos se penalicen conductas que favorecen un espacio de riesgo para el bien jurídico, sancionando comportamientos que generan **condiciones favorables al peligro** y no que **generen peligro** por sí mismas, como ocurre con la punición de algunos actos preparatorios, según el legislador, en tanto “*encaminados*” a la consumación. En otras ocasiones -subsumibles en todo caso en la categoría anterior- el legislador proscribía conductas inofensivas de por sí, individual y aisladamente consideradas, pero que son proscritas sobre la base de la peligrosidad que asumirían en caso de **reiteración o acumulación**. Finalmente, se encuentran los llamados **delitos de aptitud**, en los que se exige la acreditación de la potencialidad peligrosa de la conducta (la “*peligrosidad*”), sin que sea necesario acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico.

Sobre el primer grupo (delitos de peligro abstracto definidos conforme al concepto tradicional) cuya más adecuada conceptualización, a nuestro juicio, permite definirlos como delitos **de peligro presunto** (precisamente porque se los sanciona en tanto se presume el peligro en base a consideraciones estadísticas generales, con independencia de que la presunción se confirme en el caso

---

<sup>92</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico...*, pág. 313.

<sup>93</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 410; SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit., pág. 44.

concreto) me remito a lo expuesto descriptiva y críticamente con anterioridad, abordando a continuación, brevemente, los otros grupos de figuras.

### a) Delitos que generan condiciones de peligro

Según señalamos, en algunas ocasiones el legislador establece figuras penales que tienen por objeto sancionar conductas en tanto su realización puede llegar a favorecer espacios propicios para la producción o desarrollo de riesgos. Por ello, son conductas que si bien se encuentran vinculadas abstractamente con el objeto de protección, están demasiado alejadas del mismo<sup>94</sup>.

La lógica que fundamenta este concepto extendido de “*riesgo*” al que recurre el legislador –si es que se lo puede llamar así- lo lleva a la prohibición de conductas del todo inofensivas de por sí, pero que asociadas subjetiva e idealmente al ámbito del bien jurídico, parecen encontrarse dirigidas o encaminadas a su lesión. Su realización -asociada idealmente a la posibilidad de lesión- permite al legislador entender que constituyen “*un aporte*” en el camino del daño, construyéndolos sobre una conclusión que raya en el extremo, al símil de los resultados que en los límites se extraen de la tradicional y original teoría causal de la equivalencia de las condiciones, bajo cuyo prisma “*todo es causa de todo*”<sup>95</sup>.

En estas conductas, por ende, no se sanciona por lo que ocurrió, ni siquiera por lo que va a ocurrir, sino por lo que podría, bajo determinadas circunstancias, llegar a ocurrir<sup>96</sup>. Se proscriben así conductas que generan “*condiciones favorables*” a la materialización del riesgo, asimiladas por el legislador –en abstracto- como conductas peligrosas. La lógica de esta asociación ideal lleva a entender que estas conductas se deben prohibir antes de que lleguen siquiera a generar condiciones de riesgo. Por ello se asume también el que en esas condiciones se pueden prohibir, en una clara muestra casi literal de *derecho penal preventivo*.

Se incluyen en esta categoría -como tipos o clases de delitos con denominación doctrinal- una parte de los llamados delitos de intención y una parte de los delitos de preparación (actos preparatorios punibles)<sup>97</sup>. También se pueden incluir los denominados delitos “*de acumulación*” o “*por acumulación*”. En tanto los dos primeros grupos sólo parcialmente son considerados aquí, resulta necesario para su análisis problemático realizar una distinción previa, en cada caso.

---

<sup>94</sup> Vid FERRAJOLI, Op. cit., pág. 6, quien los denomina “*delitos de atentado*”.

<sup>95</sup> Vid. CURY, Op. cit., pág. 295.

<sup>96</sup> Esta prohibición – de conductas inofensivas de por sí- normalmente debe ser creada en base al establecimiento de la norma penal. En otros casos, el sentido de la proscripción penal es simplemente reforzar la sanción (jurídica) de una norma de naturaleza diversa (normalmente administrativa) de contenido del todo similar, tendiente a regular los ámbitos de desarrollo de la actividad de que se trate.

<sup>97</sup> Véase un listado de ejemplos en SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit., pág. 58 y 59.

En el caso de los delitos de intención, debemos tener presente la animosidad subjetiva concurrente en forma adicional al dolo se incorpora al tipo con una finalidad de anticipación punitiva, precisamente en miras a no esperar la producción del resultado querido o al que se tiende, adelantando la punición del hecho. Ello puede realizarse sobre la base de adicionar la exigencia subjetiva (la intención) a conductas dolosas de por sí lesivas (por acción o por el resultado que desencadenan) o de peligro (como resultado o de peligrosidad) en cuyo caso el procedimiento no parece en modo alguno objetable (pasando el resultado esperado a formar parte de la fase de agotamiento del delito). Sin embargo cuando para anticiparse al resultado lesivo se llega al extremo de desvincular por completo a la conducta en sí misma en relación al bien jurídico, haciendo recaer todo el peso de la aparente lesividad o vínculo de protección en la sola tendencia o animosidad, el juicio es diametralmente opuesto. En estos casos no se sancionan conductas que ponen en peligro siquiera bienes jurídicos, sino conductas dirigidas a ello, lo que en definitiva importa sancionar la mera intención exteriorizada en conductas inofensivas y a veces incluso presumida sobre su sola afirmación.

Respecto a los “*delitos de preparación*” en sentido amplio, también resulta posible asumir la sanción penal de actos de naturaleza preparatoria de manera legítima, lo que ocurrirá cuando sus características como comportamiento nos permitan acreditar lesividad para un bien jurídico (antijuridicidad material), sea el mismo o uno diverso en relación a los actos hacia los cuales se encuentra encaminado. Es decir, es posible atribuirles relevancia penal tanto en cuanto formen parte de la etapa inicial de desarrollo de un delito (en caso que concurra al menos la “*peligrosidad*” o el “*peligro*” y según cual de ellos se considere suficiente) como también de manera autónoma, por poner en peligro o afectar directamente un bien jurídico.

Fuera de estos casos, su sanción se busca sobre fundamentos equivalentes a los citados en el presente párrafo, esto es, se los proscriben por generar condiciones de peligro, no por ser peligrosos o por poner en peligro a algún bien jurídico. A ellos pretendemos referirnos al utilizar la expresión delitos de “*preparación*”<sup>98</sup>.

Cabe destacar que en algunos casos la vinculación abstracta e ideal con el bien jurídico es tan tenue que se hace necesario incorporar elementos de naturaleza transitiva que permitan evidenciar cual es el “*objeto protegido*”, para lo cual en ocasiones se recurre a elementos subjetivos de intención o trascendencia, transformándolos en delitos de intención a los cuales ya nos referimos previamente.

Esta vinculación a elementos subjetivos de intención si bien cumple una función de relación para con el bien jurídico, en miras a sustentar una pretensión legislativa a nuestro juicio ilegítima, representa asimismo la incorporación de dos

---

<sup>98</sup> Con un sentido levemente diverso, SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit, págs. 57 y ss.

funciones de garantía: Por un lado limita el ámbito de lo punible y por otro, exige su acreditación y prueba en el proceso respectivo. De ahí que la tendencia sea en la actualidad a suprimirlos.

En el caso de los llamados “*delitos de acumulación*” si bien concurre el mismo fundamento en la pretensión del legislador –el sancionar “*condiciones favorables al peligro*”- a nuestro juicio presentan una estructura particular que permite diferenciarlos conceptualmente.

### **b) Delitos de acumulación**

La categoría de los “*delitos por acumulación*”<sup>99</sup> incluye los casos en que la conducta incriminada encuentra su fundamento en una evaluación de conjunto. Sobre esa base se proscriben conductas que individualmente consideradas no representan elemento alguno que permita asignarles carácter lesivo o que por sí mismas constituyan o generen peligro para un bien jurídico, sino que estos resultados vienen dado por su reiteración o masificación. Así, se estima que si las mismas conductas son ejecutadas por muchas personas o por periodos largos de tiempo, generarán, con toda seguridad (probabilística) la lesión de un bien jurídico. Se asume que deben ser sancionadas aunque individualmente sean inofensivas, porque “*contribuyen a la generación de un peligro*”<sup>100</sup>.

Dos son las perspectivas hacia las que apuntan esos delitos y que hace diferente el análisis de fondo. Por una parte se pretende en algunos casos proteger a la sociedad de los daños que puede generar la acumulación o reiteración de conductas por parte de un sujeto en un periodo breve de tiempo o por múltiples sujetos en forma coetánea o próxima, mientras que por otro lado se pretende proteger la eventualidad de daños futuros, sobre la base de la repetición de conductas que sumadas en el tiempo, podrán a futuro, afectar algún interés social (pueden lesionar “*condiciones de supervivencia de la especie humana*” en el futuro). En el primer caso se trata de intereses actuales mientras que en el segundo se trata de intereses futuros para cuya defensa se recurre, normalmente, al expediente de buscar una expresión o representación actual, creando nuevos conceptos abstractos que son elevados a la categoría de bien jurídico<sup>101</sup>.

La sanción en estos delitos también encuentra su fundamento en el hecho de que la realización de la conducta individual “*puede generar peligro*” y no porque en sí lo genere, recayendo la probabilidad en la reiteración o generalización del

---

<sup>99</sup> Su mayor desarrollo se le atribuye a L. Kuhlen. Vid. SILVA SANCHEZ, “¿Política criminal <moderna>? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español.”, en AP N°23, 1998, pág. 445

<sup>100</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites Dogmáticos y Político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Edit. Comares, Granada, 2001, pág. 61 y 490.

<sup>101</sup> Sobre la protección de riesgos futuros o de “*daños futuros*”, Vid. ALCACER GUIRAO, *Protección del futuro...*, passim, especialmente pág. 2.

comportamiento<sup>102</sup>. Así, “(...) *la conducta individual no es lesiva sino su acumulación y globalización*”<sup>103</sup>. Se señala como fundamento el que se afecta a un bien jurídico autónomo, de carácter intermedio entre la lesión que afecta el individuo y la conducta y que corresponde al interés “colectivo” que se protege. Asimismo y en ese contexto se trata de situaciones que no lesionan directamente dicho interés por su naturaleza específica<sup>104</sup>, es decir, no pueden sino ponerlo en peligro, toda vez que la realización generalizada produciría sólo un “grave peligro” de lesión, sin que exista un punto intermedio diferenciable<sup>105</sup>. El argumento, en todo caso, no soluciona la irrelevancia de la conducta individual en cuanto a su potencialidad lesiva la que aisladamente considerada no logra llegar al punto de generar ningún riesgo que le sea atribuible<sup>106</sup>. Este sólo aparece mediante la suma de componentes externos que no le son imputables (la conducta de terceros)<sup>107</sup>. Es decir, en caso alguno puede llegar a imputarse el resultado lesivo a cada una de ellas individualmente consideradas<sup>108</sup>.

Desde esta perspectiva los comportamientos individuales por sí mismos son inofensivos y absolutamente inidóneos para ocasionar el resultado, sea de lesión o de peligro.

---

<sup>102</sup> Como detalla ALCACER GUIRAO (*Protección del futuro...*, pág. 8 y 9), la base de la imputación radica en la prognósis de realización de conductas similares por parte de terceros y la probabilidad estimada de daño sobre dicha base.

<sup>103</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, J.M.: *¿Política criminal <Moderna>...*, pág. 444.

<sup>104</sup> Sobre ello ver exposición crítica de ALCACER GUIRAO: *Protección del futuro...*, págs. 12 y ss.

<sup>105</sup> Sobre la función de los delitos de peligro frente a estos bienes colectivos que sólo admiten ser puestos en peligro por su naturaleza, sobre las condiciones para entender que son legítimos como bien jurídico, y sobre la función de los delitos por acumulación en ellos, Vid. HEFENDEHL, ROLAND: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.”, en RECPC 04-14, 2002, en [http://criminnet.ugr.es/recpc\\_04-14/thml](http://criminnet.ugr.es/recpc_04-14/thml), págs. 7, 9 y ss. y 11, respectivamente.

<sup>106</sup> De hecho, la incriminación de “*pequeñas contribuciones*” como base de estos delitos, es afirmada por el propio Kuhlen. Citado en SILVA SANCHEZ, *¿Política criminal <Moderna>...*, Pág. 446.

<sup>107</sup> Por tratarse entonces de un problema de imputación individual del peligro o de la lesión pueden salvarse las situaciones atribuibles a una misma persona o grupo concertado -como lo hacen los códigos desde antiguo- ya sea mediante el recurso a la habitualidad o a su relevancia conjunta como base de imputación. Mas ello sólo resulta posible como criterio de imputación de un resultado, no como criterio definitorio del injusto.

<sup>108</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág 491 y ss. En forma tajante, SILVA SANCHEZ expresa: “*Es inadmisibile como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado (...) No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en virtud de un juicio ex – ante. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor- peligro global?*”, SILVA SANCHEZ, *¿Política criminal <Moderna>...*”, pág. 443.

c) Delitos de “*peligro hipotético*” o delitos “*de aptitud*” o “*idoneidad*”<sup>109</sup>.

Originalmente, se conoció a estos delitos como delitos de peligro abstracto-concreto<sup>110</sup>, entendiéndose que por las modalidades como se encontraban descritos por el legislador, compartían caracteres de las dos categorías tradicionales, precedentemente enunciadas. Se trata de formulaciones típicas que las que requiere la afirmación de la peligrosidad de la conducta en concreto, su idoneidad lesiva, sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico, en un resultado. Es decir, y según hemos ya desarrollado, se exige la concurrencia de “*peligrosidad*” más no de “*peligro*”.

La peligrosidad se debe determinar en base a la teoría objetiva predominante, esto es, según ya relatamos, en base a un juicio *ex-ante* de un observador imparcial situado en concreto, con el mismo nivel de conocimiento objetivo y subjetivo del autor.

En España, Torio López los denominó delitos de peligro hipotético – incluyendo en ellos en todo caso un contenido de mayor exigencia<sup>111</sup>, denominación que no parece acertada si se observa su contenido material, toda vez que no se trata de casos en los que la descripción de la conducta se caracterice por crear “*hipotética, probable o posiblemente*” un riesgo para el bien jurídico. De lo que trata es de sancionar la ejecución de una conducta que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, con independencia del resultado que derive de un juicio *ex-post* y aun cuando se acredite que este no concurría. Lo que sucede es que Torio López exige adicionalmente la acreditación potencial del resultado de peligro, como juicio de probabilidad, esto es, que la conducta sea peligrosa y que el resultado –de peligro– haya sido posible. A nuestro juicio, la segunda afirmación como tal es imposible, o si se prefiere, se encuentra ya incluida en el “*juicio de peligro*”<sup>112</sup>.

Esto precisamente permite diferenciarlo de los delitos de peligro concreto<sup>113</sup> en los que debe acreditarse el peligro para el bien jurídico y, adicionalmente, imputarse dicho resultado a una conducta, para lo cual se recurrirá habitualmente –si bien será lo más usual– a la idoneidad de la conducta para producirlo (peligrosidad).

---

<sup>109</sup> Estas denominaciones, junto a otras como delitos de “*peligro posible*” o “*de peligrosidad concreta*”, con leves matices, reflejan un mismo concepto. Vid MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág 412.

<sup>110</sup> Denominación atribuida a Schröder. Vid MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág 410 y CEREZO MIR, Op. cit., pág. 48.

<sup>111</sup> Vid. TORIO LOPEZ, Op. cit. pág. 828 y 846.

<sup>112</sup> En el mismo sentido de Torio López, MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico...*, pág. 318 y MAQUEDA ABREU, Op. cit., págs. 485 y 488.

<sup>113</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág 411.

A nuestro juicio y según expusimos inicialmente, estos delitos de aptitud o peligrosidad corresponden precisamente a la categoría que se opone a los delitos de peligro concreto, siendo a su vez el referente de los delitos de lesión formales o de mera actividad.

### 3. Breve comentario sobre los “*nuevos*” bienes jurídicos colectivos y su puesta en peligro.

Según comentamos, dos de los efectos o caracteres propios del moderno derecho penal corresponden a la creación de delitos de peligro abstracto –bajo la denominación amplia tradicional- y la creación de nuevos bienes jurídico-penales de carácter colectivo, pudiendo vincularse estrechamente a ambas instituciones. De hecho, es común observar como los nuevos delitos de peligro precisamente buscan la protección de estos nuevos intereses de la “*moderna sociedad del riesgo*”.

Ello puede encontrar dos órdenes de explicaciones<sup>114</sup>. Primero, entendiendo que la naturaleza de los nuevos bienes jurídicos (abstracta y etérea) precisamente admite como única forma idónea de afectación al peligro, por las dificultades propias de determinación de una lesión a su respecto<sup>115</sup>. La segunda radica en el hecho de corresponder a intereses intermedios, que, en este caso buscan mediatizar la puesta en peligro para intereses individuales<sup>116</sup>. Es decir, cobran relevancia como forma de dar cabida al peligro para un interés individual, cuando éste aparece muy distanciado de determinadas conductas<sup>117</sup>.

No es esta la oportunidad para abordar el tratamiento en concreto de los bienes jurídicos intermedios ni colectivos, o de las modalidades que pueda asumir su lesividad. Sin embargo nos ha parecido necesario realizar acá algunas precisiones que consideramos relevantes y cuya fundamentación concreta reservaremos para otra ocasión.

En primer lugar creemos que no existen diferencias de entidad entre la técnica legislativa que recurre a la sanción del peligro en caso de ser usada respecto

---

<sup>114</sup> Vid. MENDEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pág. 223.

<sup>115</sup> Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 36 y 48. En forma más extrema HEFENDEHL, quien no concibe a todas las categorías tradicionales (lesión y peligro) como compatibles con los nuevos intereses colectivos. Op. cit., pág. 5.

<sup>116</sup> Se entiende que los denominados bienes jurídicos intermedios detentan la particularidad de proteger intereses colectivos e individuales al mismo tiempo. Por ello cobra incidencia el peligro a su respecto toda vez que normalmente las conductas incriminadas bajo la pretensión de su amparo, lesionarán al bien colectivo comprometido y pondrán en peligro al bien individual, resultando aquél por ende mediatizado. No sucede lo mismo en los casos en que la lesión de un interés individual, por sus características, represente al mismo tiempo la puesta en peligro de un interés colectivo. En este caso es la conducta la que asume una doble relevancia y no el bien jurídico, como en los bienes intermedios.

<sup>117</sup> Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 29 y 45.

de intereses individuales o en intereses colectivos<sup>118</sup>. En ambos casos la lesión y el peligro corresponden a esferas ideales, según afirmamos con anterioridad<sup>119</sup>. Por su parte, es su naturaleza constitutiva (como concepto abstracto o ideal) y no su carácter individual o general, lo que determina las dificultades de acreditar una lesión, siendo posible encontrar intereses individuales en los que ello resulta igualmente difícil (por ejemplo, el honor).

En segundo lugar, consideramos que su validez “*material*” como bien jurídico-penal viene dada por diversos factores, entre los que destacamos su no distribuibilidad (no corresponde a una “*suma de intereses individuales*” sino a “un” solo interés colectivo, no excluyente)<sup>120</sup> y su transitividad a intereses individuales como reflejo de protección de intereses en definitiva individuales. Este último carácter no obsta a que puedan adquirir relevancia en su naturaleza “*colectiva*” y por ello ser valorados independientemente a la lesión de los intereses individuales que representan, como de hecho ha sucedido desde antiguo (la fe pública, la probidad administrativa, etc.)<sup>121</sup>.

Ahora bien, en el caso de los llamados bienes “*intermedios*”, consideramos que para construir sobre su base una categoría de delitos, deben darse cada una de estas condiciones además de cumplir con el juicio de merecimiento y necesidad al que aludimos al iniciar estas páginas. Es decir, si corresponden efectivamente a bienes dignos y necesitados de protección el legislador se encontrará habilitado para promover su protección penal, en definitiva, de manera independiente al interés individual comprometido<sup>122</sup>. Si ello no es así, carecería de sentido su construcción, toda vez que su legitimidad deberá depender, en todo caso, de una efectiva puesta en peligro de los intereses individuales comprometidos. De no ser así, se tratará de construcciones difusas generadas “*artificialmente*” con el objeto de

---

<sup>118</sup> Al señalar que no existen diferencias de entidad reconocemos, parcialmente, el que si existen algunas. Lo que sucede es que en el ámbito de la imputación de lesiones a intereses colectivos es razonable y lógico tender naturalmente hacia el peligro, pues si bien resulta posible advertir e imaginar consecuencias materiales que reflejen la lesión de estos intereses, no resulta imposible atribuir en estos casos una responsabilidad individual y exclusiva sobre dichos resultados. Por ello, para atribuir responsabilidad individual, se tiende a un estadio previo, donde ella es posible. Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 40.

<sup>119</sup> Oo. en MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 37, quien entiende que por su carácter espiritualizado en los bienes colectivos o intermedios la lesión se agota en el desvalor de acción.

<sup>120</sup> Con más detalle, Vid. HEFENDEHL, R., Op. cit., pág. 3 y 4.

<sup>121</sup> Como destaca ALCACER GUIRAO., ello no pasa por atribuirles a estos intereses una entidad real o un carácter de “*sujeto*”, derivado de su protección por el derecho. De ahí que se requiera siempre su vinculación a la protección de intereses de los individuos. Vid. ALCACER GUIRAO., *La protección del futuro...*, pág. 1 a 6.

<sup>122</sup> Cabe destacar la relevancia especial que asume en este contexto la exigencia de subsidiariedad, toda vez que en la actualidad es usual, como señalamos, recurrir al derecho penal como primera o principal vía, obviando los demás medios de control social, formales e informales existentes. Vid. MATA Y MARTIN, *Bienes Jurídicos...*, pág. 78.

justificar la punición de una conducta<sup>123</sup>, es decir, con el objeto de “*prohibirla*” y no de proteger intereses o bienes jurídicos.

Precisamente con este motivo es que usualmente en la actualidad (y dentro del marco del derecho penal simbólico o preventivo) se recurre a la promoción de estos intereses, bajo difusas fórmulas. Precisamente en base a dicho carácter se justifican la necesidad de recurrir a fórmulas generales de peligro (hipotético o presunto) de las que se “extrae” –genéricamente- la misma consecuencia (peligro) para los intereses individuales<sup>124</sup>.

#### **IV. LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS DE PELIGRO (ESPECIALMENTE DE LOS DELITOS DE APTITUD O DE PELIGROSIDAD)**

##### **1. Presupuesto: La ausencia de lesividad u ofensividad para el bien jurídico (derecho penal simbólico)**

Podemos entender que el derecho penal es simbólico en aquellos casos en que cumple exclusivamente funciones simbólicas<sup>125</sup>, o sea, cuando no se encuentra dirigido a la protección de bienes jurídicos o intereses<sup>126</sup>. Ello ocurre no sólo cuando el bien jurídico se encuentra ausente de consideración sino particularmente cuando su lesividad y por ende la razón que justifica la protección, no se encuentra comprometida<sup>127</sup>. Ello sucede, por ejemplo, si los mencionados efectos “*centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal*”<sup>128 129</sup>.

---

<sup>123</sup> Vid. HEFENDEHL, Op. cit., pág. 6 y 9.

<sup>124</sup> Acerca de la exposición de argumentos que justifican la absoluta *inidoneidad* de los conceptos del derecho penal clásico frente estos nuevos intereses y sobre los problemas que ello acarrea para el principio de lesividad. Vid. MORALES PRATS, F. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos.”, en “*Intereses difusos y derecho penal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, págs. 77 a 79.

<sup>125</sup> Vid SILVA SANCHEZ, J.M.: *Aproximación...*, pág. 305.

<sup>126</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AP, N°1, 2001, págs. 14 y ss.; DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit., pág. 124.

<sup>127</sup> No se trata entonces de una ineficacia concreta, sino abstracta. Es la “*carencia de aptitud*” para alcanzar sus fines. Vid. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit, pág 127: “*No es derecho penal simbólico el que por sus características no alcanza sus objetivos, pues todo el derecho penal sería simbólico*”.

<sup>128</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L., *El derecho penal simbólico...*, pág 16.

<sup>129</sup> Para Diez Ripollés, podemos hablar de derecho penal simbólico cuando a las funciones simbólicas no se las relaciona al cumplimiento de los fines de la pena *en el marco de intervención legítima del derecho penal*, es decir, cuando producen efectos que exceden dicho marco. Con ello, se agregan a los casos enunciados, aquellos en que las disposiciones pertinentes buscan satisfacer objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico. Vid. DIEZ RIPOLLES J.L.: *El derecho penal simbólico...*, págs. 15–16. Por su parte, para DIAZ PITA/FARALDO CABANA, el derecho penal

El que el derecho penal cumpla funciones simbólicas es un hecho, el problema se produce cuando sólo cumple dichas funciones<sup>130</sup>. Ellas (las funciones simbólicas) corresponden al efecto producido y querido con el delito y la pena, en orden a procurar transmitir a la sociedad ciertos mensajes (intervención expresiva) o contenidos de valor (intervención integradora), produciendo emociones, o al menos, representaciones mentales en sus integrantes<sup>131</sup>. Unidas a las funciones materiales, particularmente a la función de protección de bienes jurídicos, conforman un “*todo instrumental*” dirigido a la protección de bienes jurídicos<sup>132</sup>.

Cualquiera sea el concepto sustentado la crítica al derecho penal simbólico resulta del todo evidente: la ausencia absoluta de consideración de la función protectora de bienes jurídicos como función legitimadora de la intervención penal. De ello se extrae, entonces su ilegitimidad en el contexto del Estado de Derecho. Pero no sólo eso, toda vez que ello se afirma sobre la base de la total carencia de sentido de la sanción que pretende imponer<sup>133</sup>, salvo que se entienda que éste debe corresponder a un mero reforzamiento (coactivo) normativo, centrado en el quebrantamiento de deberes o prohibiciones<sup>134</sup>, por medio del cual se busca una indebida función concientizadora - educativa de corte autoritaria<sup>135</sup>.

Por ello es que no resulta extraño que se afirme que: “*En cuanto a repercusiones en el ámbito de la dogmática, el carácter simbólico del derecho penal se manifiesta en (...) sobre todo la preeminencia del concepto de peligro frente al concepto de lesión como contenido de la antijuridicidad material*”<sup>136</sup>.

## **2. Problema: ¿Constituye la peligrosidad de la conducta fundamento suficiente para la legitimar el uso del recurso penal?**

No resulta sencillo dilucidar la inquietud expuesta en el epígrafe, existiendo en la actualidad en doctrina disparidad de criterios y fundamentos, siendo un ámbito que desde el punto de vista de la ciencia del derecho penal resulta hoy en día opinable. La respuesta pasa por solucionar dos cuestiones de naturaleza compleja. Por un lado, se debe tomar postura en lo relativo a la naturaleza de los elementos que componen o configuran el injusto penal (monista o dualista).

---

simbólico se produce cuando las funciones simbólicas no producen efecto alguno, en relación al objeto de intervención. (Op. cit., pág. 127).

<sup>130</sup> Vid. SANTANA VEGA, Op. cit. Pág. 146.

<sup>131</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L. *El derecho penal simbólico...*, págs. 4. Y 5.

<sup>132</sup> Vid. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit., pág. 126.

<sup>133</sup> DIEZ RIPOLLES realiza una exhaustiva caracterización de disposiciones que constituyen el derecho penal simbólico, agrupándolas conforme a diversas funciones. (en *El derecho penal simbólico...*, pág. 16 a 20).

<sup>134</sup> Sobre causas y efectos negativos del uso del derecho penal simbólico Vid. SANTANA VEGA, Op. cit., págs. 147 a 152.

<sup>135</sup> Vid. SANTANA VEGA, Op. cit., pág. 158 y 159; Sánchez García de Paz, Op. cit., pág. 98 y 99.

<sup>136</sup> Vid. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, Op. cit., pág. 121.

Luego, debe dilucidarse sobre esa base si la consideración que se pueda realizar acerca de la “*peligrosidad de una conducta*” permite afirmar sobre su base el cumplimiento de la función de protección de bienes jurídicos.

**a) Desvalor de la acción y desvalor de resultado como elementos del injusto material<sup>137</sup>.**

En la actualidad no existen formulaciones que hagan soportar la antijuridicidad en base exclusivamente al desvalor de resultado. A su vez existe acuerdo en orden a incluir necesariamente el desvalor de la acción (no necesariamente respecto de su contenido). El ámbito de discrepancia, por ende, se produce en relación al papel que juega el desvalor del resultado, entendiendo algunos que no cumple función en el injusto<sup>138</sup>, pudiendo tener relevancia en la estructura del delito en una función diversa, relativa a la punibilidad (monistas), mientras otros consideran que debe cumplir un rol constitutivo (dualistas) o cofundante, en su caso, del injusto.

Es posible a su vez distinguir dos orientaciones dentro de las tesis monistas. Por una parte están aquellas que concentrando la relevancia del desvalor de la acción en la subjetividad de la conducta, radican el fundamento del injusto en el hecho de corresponder ésta a una expresión de voluntad contraria a la norma o al derecho, atribuyendo al resultado sólo efectos en materia de precisión o extensión de la pena (bajo el concepto de punibilidad), sin que tenga papel alguno en el contenido del injusto<sup>139</sup>. Por otro lado están quienes consideran que el desvalor atribuible a la conducta no solo considera la voluntad subjetiva del autor<sup>140</sup>, sino que requiere de una evaluación completa de la conducta, a ser realizada de manera objetiva (se busca con ello precisamente acreditar su peligrosidad)<sup>141</sup>. El resultado en estos casos cumple un papel en la evaluación de las necesidades de prevención, concurriendo a la punibilidad de la conducta<sup>142</sup>, pero sin formar parte del injusto, el cual sólo puede estar integrado, bajo esta perspectiva, por conductas o comportamientos.

A diferencia de éstas y como ya señalamos, las teorías dualistas - mayoritarias en la actualidad- entienden que el injusto necesariamente debe constituirse por ambos desvalores, de modo que de faltar uno de ellos no existirá

---

<sup>137</sup> Sobre la fundamental relevancia de la constitución del injusto en el ámbito de la legitimidad de los delitos de peligrosidad, Vid. MENDOZA BUERGO: *Límites dogmáticos...*, pág. 86 y 87.

<sup>138</sup> Vid. descripción en ACALE SANCHEZ, Op. cit., pág. 62 y ss.

<sup>139</sup> La corriente minoritaria que hoy en día sustenta esta tesis corresponde al finalismo extremo representado principalmente por Zielinski. Vid. ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, págs. 67 y ss.

<sup>140</sup> En las tesis subjetivas extremas, lo objetivo de la acción constituye el resultado a evaluar en el juicio de antijuridicidad. Vid. ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, págs. 240 y ss.

<sup>141</sup> En esta línea SOLA RECHE *La llamada tentativa inidónea...*, pág. 100.

<sup>142</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 335; SILVA SANCHEZ, *Aproximación...*, pág. 415 y ss.

antijuridicidad materia, entendiendo que sobre el desvalor de resultado descansa la función limitativo-protectora de bienes jurídicos del sistema<sup>143</sup>.

En un terreno que podríamos situar como intermedio podemos citar a algunas corrientes que entienden que el desvalor de resultado “*puede*” alternativamente integrar el injusto, de modo tal que éste se podría asimismo conformar sólo con el desvalor objetivo de la acción. Es decir, si éste concurre, detentará un papel “*cofundante*” de la antijuridicidad<sup>144</sup>. En estos casos, el desvalor de resultado supone la lesión o puesta en peligro concreta de un bien jurídico, afirmándose el desvalor de la acción en base a la “*peligrosidad*” de la conducta (desvalor objetivo de la conducta)<sup>145</sup>.

Desde esta perspectiva sinóptica de las corrientes actuales, cabe concluir que tanto monistas como dualistas “*intermedios*” -por denominarlos de alguna forma- conciben la posibilidad de sancionar legítimamente conductas sobre la base exclusiva de un juicio de peligrosidad a su respecto, siendo mayoritarios en la actualidad –entre ellos- los segundos<sup>146</sup>. Por su parte, los planteamientos dualistas no deberían poder configurar un injusto penal sobre esta sola base (peligrosidad de la conducta).

### **b) La función de protección de bienes jurídicos y la conformación del injusto.**

Ahora bien, partiendo de estas distintas bases de configuración de lo injusto, la cuestión a resolver consiste en revisar cómo se cumple en cada estructura la función protectora de bienes jurídicos atribuida al sistema penal<sup>147</sup>, considerando que no todos entienden que dicha función materialmente se cumpla mediante la incorporación en el injusto del desvalor del resultado. Nuestro problema por ello radica más bien en revisar cual es en cada caso la posibilidad de

---

<sup>143</sup> En la doctrina chilena pareciera elevarse como la tesis ampliamente mayoritaria. Vid. Por todos, CURY, Op. cit., pág. 363; GARRIDO MONTI, Op. cit., pág. 105 y ss. Cabe en todo caso hacer la salvedad de algunas conclusiones expuestas en CURY (Op. cit., págs. 576 y ss.) que podrían hacer discutible dicha afirmación a su respecto.

<sup>144</sup> Vid. SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, pág. 108 y ss.

<sup>145</sup> Como señala ilustrativamente SOLA RECHE en defensa de este planteamiento: “*El tipo de injusto en algunos delitos no requiere de la producción de un resultado materia; entonces la conducta delictiva atenta contra (...) aunque ello no trascienda en un resultado material – pues a pesar de ello puede apreciarse una agresión.*” Op. cit., pág. 61 y 62.

<sup>146</sup> Sobre la base de estas construcciones es que se ha planteado una tendencia a atribuir al disvalor objetivo de la conducta un carácter decisivo en el contenido de injusto, en detrimento del desvalor de resultado, extendiendo los efectos de dicha concepción a las demás instituciones sistemáticas del delito (p. ej. en relación al contenido del dolo) Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit., pág. 84 y 85.

<sup>147</sup> Como podrá apreciarse, en tanto el análisis parte de esta base, se han excluido de consideración posturas que no consideran que esta sea una finalidad pretendida por el derecho penal, en particular, la tesis funcionalista de Jakobs. Vid. JAKOBS, G.: *Derecho Penal*, pág. 58. Vid. especialmente apartado 25a.

entender que el juicio de peligrosidad de la conducta resulta ser un elemento suficiente para justificar la existencia del resultado material o jurídico (camino de algunas consideraciones dualistas) o, en su caso, para entender que con ello se está cumpliendo con la función de protección de bienes jurídicos aun cuando no se pueda afirmar que, en este caso, el desvalor del resultado forme parte del injusto o de la antijuridicidad material (propio de las tesis monistas y dualistas intermedias)

Para ello hay que situarse en el ámbito del derecho penal orientado a las consecuencias de modo de comprender las distintas posiciones que se asumen a este respecto<sup>148</sup>. En este contexto, se conjuga en la estructura sistemática del delito el conjunto de los principios fundadores del sistema penal, operando cada uno de ellos en la configuración de los elementos del delito. Así la base funcionalista de esta “*orientación a las consecuencias*” hará más tenue la consideración a la lesividad, en caso de priorización de finalidades preventivas<sup>149</sup>, limitándose estas últimas por la “*proporcional retribución*” sobre la base de la culpabilidad y lesividad. Un extremo que niegue en este contexto la relevancia de la lesividad, fortalecerá las necesidades de prevención –como ocurre con la tesis de JAKOBS- orientando con ello en mayor medida los intereses a la función motivacional, esto es, centrando la atención en los caracteres de la conducta y su proscripción, más que en sus consecuencias<sup>150</sup>.

Para el caso de las tesis dualistas intermedias y las tesis monistas, la proscripción de la conducta peligrosa por sí misma permite cumplir con la función protectora de bienes jurídicos, mediante una priorización de las funciones simbólicas y preventivas, sin llegar por ello a excluir, en el conjunto de los elementos de la teoría del delito y para otros fines (punibilidad o su medición) la diferencia de entidad o gravedad que emana de la carencia de un resultado (de peligro o lesión). Se asume sobre esta base que por necesidades de prevención se proscriben una conducta orientada y vinculada por su peligrosidad (normalmente ejecutada de manera dolosa y por ello dirigida a la lesión) a la protección del bien jurídico comprometido<sup>151</sup>. En caso de dualistas intermedios ello se asume con carácter excepcional<sup>152</sup>.

*Lo que hace de un comportamiento algo desvalorado será su relación negativa con alguno de los bienes jurídicos tutelados (...) la conexión entre un*

---

<sup>148</sup> De hecho, las propuestas que, dentro del moderno derecho penal, se sustraen del cumplimiento de la lesividad, no pueden concebirse sino en el contexto de funcional de la orientación a las consecuencias. El derecho penal simbólico no es más que el exceso en los planteamientos funcionalistas y por ende sólo concebible en un derecho penal orientado hacia las consecuencias. Vid. HASSEMER, *Derecho Penal Simbólico...*, pág. 28 y 31.

<sup>149</sup> Vid. SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, pág.49; SILVA SANCHEZ, *Aproximación...*, pág. 179 y ss. y 211 y ss.

<sup>150</sup> Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit., págs. 90 y ss.

<sup>151</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 452, con cita de autores; CERESO MIR, Op. cit., pág. 63.

<sup>152</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 338.

*comportamiento y el menoscabo o la afectación de determinado bien jurídico. La protección de bienes jurídicos concretos debe formar parte del propio contenido de la norma y no quedar en mero motivo de incriminación (...) El derecho penal quiere evitar, en última instancia, resultados indeseables que provienen de conductas que ya en el momento de ser realizadas muestran una clara evidencia de su tendencia objetiva y subjetiva a la producción de tales efectos indeseables”<sup>153</sup> /<sup>154</sup>.*

Sobre dicha base, esta argumentación -en los términos señalados- resulta sustentada en forma paralela en construcciones dualistas de lo injusto<sup>155</sup>. Se sostiene, en este sentido, que la protección de bienes jurídicos “(...) *no requiere como presupuesto de punibilidad nada más que el hecho de que una acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico*”<sup>156</sup>.

Así por ejemplo en otros ámbitos de la dogmática –estrechamente vinculados-<sup>157</sup> pareciera existir una amplia mayoría (al menos europea y española) tendiente a fundamentar, por fines de prevención, la sanción de conductas peligrosas *ex-ante* que han demostrado no ser peligrosas *ex-post* (no generan peligro) a propósito de la aceptación generalizada de las tentativas que detentan dichas características, sea que sea las denomine idóneas o inidóneas (suele denominárselas como relativamente inidóneas)<sup>158</sup> /<sup>159</sup>.

Para ello, en algunos casos, se recurre en definitiva a la técnica de los intereses o bienes intermedios. Así, se ha argumentado la necesidad de conciliar dichas finalidades preventivas con la exigencia de lesividad sobre la base de

---

<sup>153</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 391 y ss, con cita de fundamentos de Frisch.

<sup>154</sup> Este planteamiento encuentra sus bases en conceptos propios de la denominada “*teoría de la impresión*” que asumen la posibilidad de fundar el merecimiento de pena cuando se trata de conductas cuya realización puede perturbar gravemente la confianza en el ordenamiento y en la protección de bien jurídico, lo que ocurre con las conductas objetivamente peligrosas. Esta tesis que si bien nace con un marcado carácter subjetivo, radicando el fundamento de la sanción en la voluntad contraria a derecho, es en la actualidad utilizada con un carácter objetivo, precisamente haciendo recaer el juicio de merecimiento en la base objetiva de la conducta (peligrosidad), en tanto dirigida a la lesión o peligro de un bien jurídico. Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 252.

<sup>155</sup> Vid. desarrollo referencial –toda vez que personalmente sustenta una posición diversa- de SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, pág. 103.

<sup>156</sup> Vid. ROXIN, Op. cit. pág. 60. Se afirma en paralelo que “(...) *la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de acción como un desvalor del resultado*” (pág. 320) Sobre la interdependencia de ambos presupuestos págs. 323 a 325.

<sup>157</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 231 y ss.

<sup>158</sup> Vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Op. cit., pág. 20 y ss. especialmente 23, 24 y 29 además de las notas 29 y 43.

<sup>159</sup> Respecto del caso chileno Vid. CURY, Op. cit., págs. 576 y ss.; MAÑALICH, Op. cit., págs. 146 y ss.; POLITOFF, SERGIO: *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 133 y ss.

construir bienes jurídicos colectivos, como una nueva modalidad de la “*defensa de las condiciones necesarias para el desarrollo del bien o su ejercicio*”<sup>160</sup>, que busca concretizar dichas condiciones en un interés colectivo autónomo<sup>161</sup>.

Por otro lado es posible encontrar propuestas más matizadas que buscan afirmar la lesividad material sobre la base de exigir un juicio de probabilidad o idoneidad lesiva *ex-post*. Sobre esta base, se asume la posibilidad de sanción legítima de una conducta peligrosa que genera al menos la posibilidad de lesión *ex-post*, lo que se propone sobre la base de asumir un concepto de peligro diverso al defendido en el presente texto, cuya afirmación recae en un juicio probabilístico. Se tratará entonces de conductas peligrosas idóneas o aptas para lesionar el bien jurídico, sobre cuya base se afirma que lo han puesto en peligro<sup>162</sup>. Se diferencia este concepto de idoneidad *ex-post* del concepto de peligro, afirmando este último sobre la base de un juicio normativo de imputación, propio de los delitos de resultado de lesión<sup>163</sup>. Así, se afirma: “*La acción no aparece prohibida por expresar desobediencia al derecho sino a causa de la posibilidad de lesión o puesta en peligro concreto de un bien que se asocia a ella*”<sup>164</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES (A MODO DE CONCLUSION)

1. La distinción tradicional entre delitos de peligro abstracto y peligro concreto, hace que en ambos casos nos encontremos ante construcciones que justifican la proscripción penal de determinadas conductas en razón a que generan un resultado de peligro. Este resultado es en el primer caso presumido por el legislador, mientras que en el otro debe ser afirmado en concreto.
2. La técnica legislativa de la presunción, tanto “*iure et de iure*” como “*iuris tantum*”, no son aceptables en derecho penal, por vulnerar garantías consideradas básicas.

---

<sup>160</sup> Propuesta de Kindhäuser, retomando la idea de la necesidad de proteger la propia seguridad del bien que se protege de Binding. Sobre ello Vid. ROXIN, Op. cit, pág. 409; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 112 y ss.

<sup>161</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *La Tentativa inidónea...*, pág. 221 y ss.; SILVA SANCHEZ, *La regulación del Iter Críminis (artículos 16 – 18)* en, el mismo, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pag. 131; ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: *Fundamentos de Derecho Penal*, 3º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 234.

<sup>162</sup> Vid. MATA Y MARTIN, Op. cit, págs 50, 51 y 55, y notas 102 y 103; CORCOY BIDALOSO, Op. cit., págs. 135 y 136 y la tesis de Martin expuesta en MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pág. 188 y ss.

<sup>163</sup> Cabe señalar que ya hemos dado cuenta del defecto inherente al juicio *ex-post* de peligro fundado en criterios probabilísticos, en los cuales se asume en abstracto la eventualidad del peligro, sin que sea relevante su acreditación en el caso concreto. De ahí que no podamos afirmar que en este caso se esté interviniendo sobre la base de un peligro para el bien jurídico (lesividad) que concurra en los hechos.

<sup>164</sup> Vid. MATA Y MARTIN, Op. cit, pág. 51 en cita a Gallas.

3. En el concepto de peligro abstracto se confunden diversas categorías de conductas, incluyendo aquellas en las que el fundamento de su consideración radica en una apreciación estadística, general –abstracta- del legislador acerca de la probabilidad que detentan de producir un resultado de peligro como aquellas conductas que por si mismas aparecen como aptas para producirlo (conductas peligrosas).
4. Para distinguirlas se hace necesario conceptualizar claramente los conceptos de peligro y peligrosidad, lo que sólo puede llevarse a cabo mediante un juicio de apreciación de carácter objetivo. El primero concepto (el peligro) es un resultado que debe ser afirmado *ex-post* mientras que el segundo (la peligrosidad) es una cualidad o atributo de una conducta que necesariamente se precisa *ex-ante*.
5. Sobre esta base, los llamados “*delitos de peligro*” son delitos de “*peligrosidad*” (acción peligrosa) o de resultado de peligro, debiendo ambos juicios afirmarse en concreto de manera objetiva. No puede fundarse ninguna imputación penal sobre la base de juicios de probabilidad, sea que recaigan sobre el “*peligro*” o sobre la “*peligrosidad*” de la conducta, por cuanto las consecuencias de este procedimiento vulnera los principios de lesividad y de culpabilidad.
6. La posibilidad de justificar la sanción de los delitos de peligrosidad depende en la actualidad no sólo del contenido que se atribuya al injusto penal, sino más bien a la forma como se conciba que éste incide en la función protectora de bienes jurídicos.
7. Desde este punto de vista quienes –hoy mayoritariamente- sostienen una tesis dualista de lo injusto deberán rechazar la idea de punición de conductas en base a su sola peligrosidad, a menos que se conciba la afectación (por lesión o peligro) de algún interés diverso, cumpliendo las exigencias de merecimiento y necesidad. Parte de la doctrina, en todo caso, asume excepcionalmente, su punición por razones de prevención, en el ámbito de la tentativa del delito, donde cobra especial relevancia, para estos efectos, la configuración del dolo (como elemento transitivo hacia la lesión). Por su parte, quienes sostienen una construcción dualista “*intermedia*” aceptan mayoritariamente su punibilidad, como delitos de peligrosidad.
8. Bajo tales supuestos no queda otra opción que afirmar que en dichos esquemas se acepta la legitimidad de las figuras de peligrosidad, ya sea directamente o en atención a su reconocimiento “*excepcional*”. Tarea pendiente es desarrollar una adecuada coordinación entre las argumentaciones que aceptan excepcionalmente su la punibilidad de conductas peligrosas y el principio general que recurre, al menos formalmente, a la exigencia de un resultado de peligro, como supuesto “*mínimo indispensable*” de legitimidad. Ello pasa por una adecuada descripción de los presupuestos que deben exigirse para entender que existe una relación que implica afectar el bien jurídico tutelado, que se

haga cargo de explicar cómo ello se alcanza con la sola afirmación de la peligrosidad del comportamiento. Ello excede los objetivos que nos hemos propuesto en este lugar.

9. En el otro extremo, las tesis monistas más extremas -minoritarias en la actualidad- justifican la sanción de conductas respecto de las cuales no se afirma siquiera el juicio de peligrosidad, como sucede con las tesis funcionalistas extremas, esta vez, por no considerar relevante el bien jurídico ni su lesividad.
10. Desde esta perspectiva, es absolutamente mayoritario hoy en día el exigir un juicio concreto de peligrosidad sobre la conducta, ya sea que éste haya sido incorporado en diversos elementos de la descripción típica o deba ser requerido por la vía de la interpretación dogmática<sup>165</sup>, como base mínima para llegar a aceptar la punibilidad de todas las figuras que son agrupadas bajo el tradicional concepto de delitos de peligro abstracto. Se excluyen en todo caso de la esfera mayoritaria, las figuras que no cumplan dicha condición, como los denominados delitos por acumulación, de preparación o de intensión, en su caso.
11. En algunos casos se exige adicionalmente para la legitimidad de la punición – por el principio de lesividad- un resultado de peligro (asumiendo en este caso sólo la legitimidad de la sanción de los delitos “*de peligro*” y no de los “*de peligrosidad*”) o un concepto equivalente a la potencialidad peligrosa o lesiva *ex-post*.
12. La exigencia de “*peligrosidad*”, “*idoneidad lesiva*” o el “*juicio de peligro*”, según corresponda, en tanto exigencias materiales de justificación, pueden ser requeridas por la vía interpretativa<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Vid. TORIO LOPEZ, Op. cit. pág. 831, 843 y 847; RODRIGUEZ MONTAÑES, Op. cit., pág. 495; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, págs. 413 y 440 - 442; MAQUEDA ABREU, Op. cit, pág. 485 (adicionando en su caso un juicio de “*peligrosidad potencial*”)

<sup>166</sup> Oo. CERREZO MIR. Op. cit., pág. 71.

## VI. BIBLIOGRAFIA

- ACALE SANCHEZ, MARIA: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, edit. Comares, Granada, 2000.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS: “El derecho penal de la intervención de la política populista”, en *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Edit. Comares, serie Estudios de Derecho Penal N° 15, Granada, 2000, págs. 471-487.
- ALCACER GUIRAO, RAFAEL: *La tentativa Inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Edit. Comares, Granada, 2000.
- “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en RECPC 04-08, 2002, en <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.
- BULLEMORE, VIVIAN/MACKINNON, JOHN: *Curso de derecho penal*, Tomo II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- CEREZO MIR, JOSE: “Los delitos de Peligro Abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo.”, en RDPC N° 10, 2002, págs. 47 – 72.
- CORCOY BIDASOLO, MIREN'TXU: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.*, Edit, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CURY URZUA, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*, 7° Ed. Ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: “Sociedad tecnológica y Derecho Penal del riesgo”, en RDPP N°4, 2000, págs. 133 – 144.
- DIAZ PITA, MARIA DEL MAR y FERALDO CABANA, PATRICIA: “La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, en RDPP N°7, 2002, págs. 119 – 148.
- DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AP, N°1, 2001, págs. 1 – 22.
- “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en Revista de Ciencias Penales N° 15, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1998, en <http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>
- ESER, ALBIN: “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, en ADPCP, Vol. XLIX, Fasc. III, 1996, pág. 1021-1046.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundametales”, en Revista de Ciencias Penales N° 5, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>
- GARCIA PEREZ, OCTAVIO: “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en ADPCP, 1993, Fasc. II, págs. 629 – 678.
- HASSEMER, WINFRIED: “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal <eficaz>”, en HASSEMER, WINFRIED: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 79 – 97.
- “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en ADPCP, 1990, Fasc. I, págs. 241 – 259.
- “La Policía en el Estado de Derecho”, en HASSEMER, WINFRIED: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 249 a 294.
- “¿Porqué y con que fin se aplican las penas?”, en HASSEMER, WINFRIED: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 189 – 213.
- “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, en ADPCP, 1992, Fasc. I, págs. 235 – 249.
- “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos” en *Pena y Estado*, 1991, págs. 23 a 36.
- HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HEFENDEHL, ROLAND: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en RECPC 04-14, 2002, en [http://criminet.ugr.es/recpc\\_04-14/thml](http://criminet.ugr.es/recpc_04-14/thml)

HERZOG, FELIX: “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo.”, en RP N° 4, 1999, págs. 54 – 57.

- “Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en Revista Poder Judicial N° 32, 1993, págs. 79 – 88.

HIRSCH, HANS-JOACHIM: “Peligro y peligrosidad”, en ADPCP, 1996, Fasc. II, págs. 509 - 528.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2º Edición corregida, (Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid. 1997.

LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL (Director): *Enciclopedia Penal Básica*, Edit. Comares, Granada, 2002.

MAÑALICH, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 4, págs. 137 y ss.

MAQUEDA ABREU, MARIA LUISA: “La idea del peligro en el moderno derecho penal- Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992.”, en AP N°26/27, 1994, págs. 481 - 498.

MATA Y MARTIN, RICARDO M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997.

MENDEZ RODRIGUEZ, CRISTINA: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO, BLANCA: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Edit. Comares, Granada, 2001.

- “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en AP N° 13, 2002, págs. 299 – 335.

- *El derecho penal en la Sociedad del Riesgo*, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*, 6º edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002

- “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Nuevo Código Penal.”, en RECPC N° 03-06, 2001, en [http://www.criminet.ugr.es/recpc\\_03-06.html](http://www.criminet.ugr.es/recpc_03-06.html)

MORALES PRATS, FERMIN: “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, págs. 73 – 91.

- “Funciones del Derecho Penal en la sociedad civil.”, en RDPP N°1, 1999, págs. 13 – 40.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”, RECPC, N°04-06, 2002, en <http://criminetugr.es/recpc>

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal. Parte especial*, 14º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- “Presente y Futuro de la Dogmática jurídico-penal”, en Revista Penal N°5, 2000, págs. 44 – 51.

- *El <Moderno> Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y Tendencias.*, en La Ley, 1996 – 3, págs. 1339 – 1341.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES: *Derecho Penal. Parte General*, 5º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en ADPCP, 1990, Fasc. I, págs. 5 – 27.

POLITOFF, SERGIO: *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Edit.. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

POLITOFF/MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: “Principio de intervención Mínima y Bienes Jurídicos colectivos” en CPC N°39, 1989, págs. 723-748.

POVEDA PERDOMO, ALBERTO: “Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho Penal protector de bienes jurídicos y el Derecho Penal defensor de la vigencia de la norma”, en AP N°21, 1998, págs. 407 – 422.

QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y VALLE MUÑIZ, J. M. (coordinador): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Trad. Luzón-Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., De Vicente Remesal, J., Edit. Civitas, Madrid, 1997.

SANTANA VEGA, DULCE MARIA: “Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, en AP, N°9, 2001, págs. 141 – 162.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, MARIA ISABEL: *El Moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Edición Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º Edición, Edit. Civitas, Barcelona, 2001.

- “¿Política criminal <moderna>? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español.”, en AP N°23, 1998, págs. 435 – 449.

- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edit. J.M. Bosch Editor, Reimpresión, Barcelona, 2002.

- “La regulación del Iter Críminis (artículos 16 – 18)” en, el mismo, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 121 - 157.

SOLA RECHE, ESTEBAN: *La llamada <tentativa inidónea> del delito. Aspectos básicos*, Edit. Comares, Granada, 1996.

- “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”, en ADPCP 1994, Fasc. I, págs. 167 – 185.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1991, págs. 9 a 22.

TORIO LOPEZ, ANGEL: “Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto.”, en ADPCP, 1981, págs. 825 – 847.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL.: *Fundamentos de Derecho Penal*, 3º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.