

LA INTERVENCIÓN PENAL ANTICIPADA Y LOS DELITOS DE PELIGRO: UNA APROXIMACIÓN A SU DESARROLLO DOGMÁTICO ACTUAL Y FUTURO**Ronald Vilchez Chinchayán***

Resumen: Frente a la diversidad de escenarios sobre clasificaciones de los delitos de peligro, el autor plantea una visión de un cierto cambio de velocidad en el sistema penal. Por lo que propone la tentadora idea de renunciar a una coherencia teórica para buscar una salida que, pese a «forzar las piezas del puzzle de los delitos de peligro», sea «útil» y «facilite» una respuesta judicial, y poder dejar así la consecuente incapacidad del binomio clásico de peligro concreto y peligro abstracto.

Para tales fines se plantea el estudio de los delitos de peligro para conocer su desarrollo y características y posteriormente ir en búsqueda de las mejoras en el planteamiento.

Palabras clave: Delitos de peligro, delito de peligro abstracto, delitos de peligro concreto, dolo, lesión, daño, ilegitimidad, evitabilidad, interés colectivo.

I. INTRODUCCIÓN

La proliferación de clasificaciones de los delitos de peligro tales como implícita, explícita, abstracto-concreta, de peligrosidad, hipotética, de riesgo, de aptitud abstracta..., demuestra, por un lado, *la incapacidad del binomio clásico de peligro concreto y peligro abstracto* para dar respuesta satisfactoria a la numerosa lista de preguntas formuladas por académicos y magistrados. Por otro lado, *que hay una voluntad constante de reelaborar o presentar nuevas clasificaciones*, porque las otras, que se erigen como un avance sobre el modelo clásico, vuelven a caer en tópicos, en «trampas de arena», son incoherentes o abren vías que los tribunales no pueden o no están dispuestos a seguir.

Sin embargo, esa no sería, en nuestra opinión, una vía idónea para tratar unos tipos penales que, con mayor o menor intensidad, son el centro de atención de la sociedad actual y –aún–

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España), profesor de Derecho penal en la Universidad de Piura. Correo electrónico: ronald.vilchez@udep.pe

el «Lieblingskind des Gesetzgebers»¹. Pensamos que, tarde o temprano, un «modelo (mal) ensamblado» como ese daría señales de incapacidad para soportar todo el peso de esta forma de protección penal.

De ahí que sea necesario iniciar el estudio de los delitos de peligro para conocer su desarrollo y características. Sólo así se estará en condiciones para, posteriormente, ir en búsqueda de las mejoras en el planteamiento. Aquí sólo plantearemos el escenario, dejando para un trabajo posterior, las propuestas dogmáticas de mejora. En este orden de cosas, se presentará a continuación el escenario de los delitos de peligro (II), resaltando el inicio de los delitos de peligro (II.A. y II.B.), la perspectiva sobre la base de la clasificación binaria más conocida: Abstracto y concreto (II.C.), y otras propuestas de clasificación y sub-clasificación (II.D.). Finalmente, expondremos nuestras observaciones sobre lo tratado (III.)

II. EL ESCENARIO DE LOS DELITOS DE PELIGRO

II.A. Inexistencia teórica

Durante el siglo XIX y hasta comienzos del siglo XX, dentro del sistema penal fueron protagonistas los tipos comisivos² dolosos consumados de autor único. Aunque hemos podido encontrar referencias al peligro y a conductas peligrosas, por ejemplo, al analizar la tentativa, la imprudencia o para explicar las medidas aplicables al agente peligroso³, no hemos podido hallar desarrollos teóricos sobre los delitos de peligro salvo alguna referencia en el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, de 1794, donde encontramos supuestos⁴ que hoy consideraríamos como ejemplos de delitos de peligro, como el incendio⁵ o portar armas⁶.

¹ LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlín, 1967, p. 1.

² Resalta HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Breslau, 1930, p. 44, „[i]n den frühesten Epochen der Entwicklung richtete sich die Reaktion des Rechts vorwiegend gegen die Verletzung als den größten, augenfälligsten und denkbar stärksten Angriff auf ein Rechtsgut“.

³ Cfr. art. 2 de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933.

⁴ Aclara HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, pp. 44-45, que «la idea de usar el concepto de peligro para la construcción de un propio grupo de delitos, se veía por primera vez en la legislación en el código prusiano de 1794, Parte II, vigésimo título, sección 17: «De los daños por peligro general». Lo que tiene ya un gran mérito –según resalta el autor– porque en ese entonces todavía el peligro resultaba un territorio por explorar. Tal vez por eso, Henckel reconoce que el tratamiento de los delitos de peligro en el código penal no era uniforme.

⁵ Ya se encontraba sancionado dentro del Derecho romano y del Derecho germánico. Adquirieron primero la forma de conductas con peligrosidad general y luego entre el siglo XVIII y XIX adoptaron (cfr. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, Tomo 2, 2.^a ed. (reimpresión 2, Leipzig, 1904), Goldbach, 1997, pp. 2 y ss.) la forma de los delitos de peligro abstracto. Nos recuerda KRATZSCH, „Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährdungsdelikten“, *JuS* 1994, p. 374, que los delitos de incendio son considerados como prototipos de los delitos de peligro abstracto. Por lo tanto, la historia de uno y otro están íntimamente conectados. Asimismo, pone de relieve que „[d]er ursprüngliche Grund für diese Umstrukturierungen war bemerkenswerterweise nicht – wie vielfach angenommen – eine Vorverlagerung des Schutzbereichs der Normen des Strafrechts, sondern im Gegenteil deren Einschränkung: mit ihr sollte der offenkundig zu weit gefaßte Anwendungsbereich des gemeinrechtlichen Art. 125 CCC [scil. Constitutio Criminalis Carolina] begrenzt werden, der ohne weitere Strukturierung des Unrecht das bloße „boshafte“ Inbrandsetzen mit dem Feuertod bedrohte“.

⁶ Supuestos que se pueden encontrar incluso ya en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, en concreto la Ley VII, del Título VIII; las Leyes VII y X del Título XV, de la Partida Séptima.

Reparar en esta situación resulta útil a efectos de nuestra exposición, porque nos permite recordar que los delitos que analizamos forman parte de un modelo con carácter *excepcional, extraño y peculiar*, a tal punto que a la doctrina le ha llevado cierto tiempo dirigir su mirada a ellos y poner en marcha hipótesis o intentos de conceptualización. Interesa, a partir de este punto, observar cómo fue dándose ese acercamiento, sobre qué elementos y cómo fue evolucionando su desarrollo. De estas cuestiones nos ocupamos a continuación.

II.B. Descubriendo un Mediterráneo

II.B.1. Delitos de peligro como excepción al arquetipo

Si rastreamos los orígenes dogmáticos de los delitos de peligro, debemos remontarnos hasta Stübel⁷. Este autor hace hincapié, en 1825, en la distinción entre unos delitos con daño real [wirklichen Schaden] y aquellos asociados con el peligro [mit denselben verbundene Gefahr]⁸. Aunque en la clasificación⁹ que presenta más adelante no utiliza la denominación de los delitos de peligro, constituye un primer paso muy relevante pues reconoce que «la legislación penal prohíbe ciertos actos no sólo en cuanto realmente implican una lesión del derecho, sino también en cuanto pueden llevar a la lesión, son simples acciones peligrosas»¹⁰.

Sin duda el impulso dogmático más importante vino de la mano de Binding. Según este autor¹¹ se puede establecer la siguiente clasificación: los de *desobediencia* [Ungehorsam], en

⁷ También en este gran primer momento doctrinal debe mencionarse el trabajo de FILANGIERI, *System der Gesetzgebung* (trad., Link y Siebenkees), Tomo 4, Frankfurt, 1794, p. 335. Según este autor «[f]uera de las vinculaciones que tienen los ciudadanos con la sociedad [...] hay otras que no atañen directamente ni al soberano ni al Estado, sino indirectamente a toda la sociedad [...]». Pone como ejemplos, aquellos actos contra la tranquilidad pública y la seguridad. De todo esto podemos ver ciertas formas que hoy en día serían incluidas dentro de los delitos de peligro.

⁸ Cfr. STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gessetze besonders zum Gebrauche für akademische Vorlesung*, Tomo 2, Leipzig, 1795, § 197.

⁹ Propone cuatro grandes grupos de delitos de peligro: a) si a través de una conducta peligrosa se pone en peligro la salud o la vida de las personas; b) si una conducta pone en peligro la propiedad; c) si una conducta pone en peligro a todo el Estado; d) si a causa de una conducta peligrosa se pueden originar otras «lesiones» como por ejemplo en relación a la libertad o el honor. Cfr. STÜBEL, „Über gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, Zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der erster“, *NACr* 1825, § 50.

¹⁰ Cfr. STÜBEL, *Ueber den Thatbestand der Berbrechen, die Urheber derselben, und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des ersten, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg, 1805, § 10: „[d]ie Criminalgesetze verbieten gewisse Handlungen nicht nur in wie fern sie eine Rechtsverletzung wirklich zur Folge haben, sondern auch in wie fern sie die Verletzung zur Folge haben können, und bloß gefährliche Handlungen sind“. Es necesario revisar también otras de sus obras, como „Allgemeine Bemerkungen über den zweiten Theil des Criminalgesetzbuchs von einzelnen Berbrechen und deren Strafen“, en MITTERMAIER, *Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland*, Heidelberg, 1825, § 1-10, 24; y *NACr* 1825, *passim*.

¹¹ Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Tomo 1 (reimpresión de la 4.^a ed., Leipzig, 1922), Darmstadt, 1991, § 52-54. Por otra parte, cabe mencionar también a MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart,

los que se incluye la lesión o puesta en peligro (concreto) de un bien jurídico; y los de *mera desobediencia*¹² [einfacher/reiner Ungehorsam], entre los que se ubicarían los delitos de peligro abstracto.

En español, en los años treinta del siglo XX, podemos destacar el desarrollo doctrinal llevado a cabo por Cuello Calón¹³. Aunque hay que reconocer que en muchos casos el énfasis se pone, simplemente, en dar a conocer los delitos de peligro¹⁴.

1912, § 12/2 y ss., quien hace referencia a los delitos de agresión [Angriffsdelikte] en donde incluye los de peligro concreto y los de puesta en peligro general.

¹² Este planteamiento trae consigo algunas dudas, por ejemplo si la clasificación de mera desobediencia es un caso especial del injusto de policía [polizeiliches Unrecht] o se puede incluir como una clasificación de los delitos. Con base en la primera opción, por ejemplo, MERKEL, „Von den Unterlassungsverbrechen, beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatz, und von dem Verhältniß der ersteren zu den Polizeivergehen“, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, pp. 99 y ss.; VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.ª ed., Berlín y Leipzig 1932, § 26/V. Crítico respecto a esta distinción HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, pp. 63; 66-67, „mit dem Ungehorsam gegen die Normen allein ist das Wesen der strafbaren Handlung nicht erklärt“.

¹³ Sin embargo, ni en la primera edición de su manual (CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, PG, Barcelona, 1926), ni en sus comentarios al código penal de 1928 (ID., *El nuevo código penal español (Exposición y comentario)*. Libro Primero, Barcelona, 1929) puede encontrarse alguna mención de los delitos de peligro, pese a que en el código penal de 1922 había no pocos preceptos que clasificaríamos hoy día como de peligro (por ejemplo, los arts. 174, 184, 189, 196, 351, 352, 353, 356). Lo mismo sucedía con el código penal de 1928 (cfr. nota 5). Para este autor estos delitos se configuran con la *creación de un estado de peligro mencionado en la ley* (cfr. CUELLO CALÓN, *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, 1933, pp. 61-62). Insiste en la idea de sancionar mediante estas figuras jurídicas *aun cuando la conducta no se ha encaminado a producir algún daño*. Los clasifica en tipos de peligro común o de peligro individual según el número de personas comprometidas (cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al nuevo "Código penal, texto refundido de 1944"*, PG, Tomo I, 7.ª ed., Barcelona, 1945, pp. 259-260).

¹⁴ Aunque también se presentan algunas características básicas. Así lo hace, por ejemplo, PUIG PEÑA, *Derecho penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Tomo I, 2.ª ed., Barcelona, 1950, pp. 198-199, que afirma que los delitos de peligro son aquellos donde *no se causa un daño efectivo y directo* a los bienes jurídicos, pero *se crea una situación de peligro*. Al igual que Cuello Calón, distingue entre tipos de peligro común y de peligro individual. No fue sino hasta algunos años más tarde que el desarrollo doctrinal recibe un mayor impulso. En concreto, de la mano de Jiménez de Asúa (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, Buenos Aires, 1951, p. 111) el planteamiento de los delitos de peligro muestra más argumentos y también un nuevo orden. Confirma la trascendencia de la clasificación en delitos de lesión y delitos de peligro frente a otras. Y explica que éstos *ponen en riesgo el bien jurídico protegido por el Derecho* (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 215). Incluso va más allá y afirma que se trata de la «posibilidad inmediata, de [la posibilidad] *cognoscitiva* de la producción de un acontecimiento dañoso determinado» (r.t.). Así queda cubierto –en su opinión– un amplio marco que comprende no sólo la *realidad* del curso causal del hecho (abarcado por los delitos de lesión), sino también la *producción de un curso causal esperado* (abarcado por los delitos de peligro). También presenta su sub-clasificación. Junto a la ya conocida distinción entre tipos individuales o colectivos, introduce la dicotomía de concreto y abstracto. Para los delitos de peligro concreto que, según el autor, contienen «ordinariamente» delitos de peligro individual (algo que retomaría la doctrina moderna. Cfr., por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 216-218) requiere que se demuestre en cada caso que realmente se ha producido el peligro. Para los de carácter abstracto sostiene que, si bien el delito representa un peligro específico para los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial.

Después de JIMÉNEZ DE ASÚA, distintos autores fueron (ampliando o) incorporando comentarios sobre los delitos de peligro. Así, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *NEJ*, Tomo VI, pp. 481-483; CUELLO CALÓN,

Si bien con estos planteamientos comienza –y no es poco– el viaje hacia «un nuevo mundo», a diferencia de lo que sucede en la etapa anterior, la forma de abordarlos es limitada. Incluso se puede notar que –con base en las explicaciones recogidas– se conciben sólo como excepciones frente a los delitos de resultado de lesión (la referencia a una conducta «que no cause daño o genere un riesgo» sólo se puede entender si se opone al arquetipo), pero no hay más detalles. Aún más, junto con la idea de peligro presentada, la poca determinación sobre lo protegido y las dudas sobre su configuración interna impiden –de momento– observar una propuesta ya lograda. En realidad, es todo lo contrario. Pero sabemos que este es sólo el inicio. En cualquier caso, resalta el interés de la doctrina por considerar no sólo la «realidad de un curso causal», sino también la posibilidad de dañar.

II.B.2. Delitos de peligro con contenido propio

Con el aumento de previsiones legales de delitos de peligro –porque así lo exige el Derecho penal moderno¹⁵– vino también un incremento de propuestas para analizarlos. Surgen sectores que atribuyen un sentido particular (sobre las características y los elementos) que va mucho más allá de ser el lado opuesto de los tipos de resultado. Los autores se interesan por darles «forma y contenido». Intentan así –como veremos a continuación– conceptualizar el peligro, sus características y aquello sobre lo que recae la protección.

Con ese nuevo horizonte por explorar, no son poco frecuentes las dudas en cuanto a si se cuenta con las herramientas adecuadas para lograr la meta. Y esto, porque no queda claramente determinado, en primer lugar, qué se quiere proteger¹⁶ y bajo qué requisitos puede el legislador decidir la sanción penal de una determinada conducta a través de los delitos de peligro¹⁷. La discusión sobre estos puntos se reduce a averiguar si hay un interés personalísimo o colectivo¹⁸. Muy conocidas son las complicaciones que se derivan de esta

Derecho penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”, PG, Tomo I, 12.ª ed., Barcelona, 1956, pp. 286-287; FERRER SAMA, Comentarios al código penal, Vol. IV, Madrid, 1956, p. 25; DEL ROSAL, Derecho penal español (Lecciones), 3.ª ed., Madrid, 1960, pp. 233-234; LUZÓN DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo (síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia Criminal), PG, Tomo II, Barcelona, 1964, p. 94; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, PG, 3.ª ed., Madrid, 1973, p. 358; BARBERO SANTOS, ADPCP 1974, pp. 487-500. Sin embargo, salvo algunos matices, la mayoría recoge lo mismo que los autores precedentes; y cuando no lo hacen, su posición es tan particular como poco clara. Esto las convierte en escasamente útiles para establecer un camino seguro.

¹⁵ En este sentido, resalta, por ejemplo, YOUNG-WHAN, „Verhaltensdelikte versus Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff“, *ZStW* 124 (2012), p. 594, que la «modernización» del Derecho penal ha supuesto por un lado el dominio de los delitos de peligro abstracto y, por otro, que aparezcan más bienes jurídicos colectivos.

¹⁶ Especial atención merece el hecho de que la protección recae no sólo sobre bienes jurídicos materiales, sino también no-materiales (cfr. HEFENDEHL, „Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur“, *GA* 2002, p. 23; ID., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, 2002, pp. 123 y ss.).

¹⁷ Según HASSEMER, *NK zum StGB*, Tomo 1, Baden-Baden, 1995, previo al § 1, Nm. 261, „dem Strafgesetzgeber ein plausibles und verwendungsfähiges Kriterium seiner Entscheidungen an die Hand zu geben und zugleich einen externen Prüfungsmaßstab für die Gerechtigkeit dieser Entscheidungen zu entwickeln“.

¹⁸ Un especial punto de vista presenta CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 372. Para esta autora, esta es la única clasificación válida y no así la que distingue entre delitos de lesión y de peligro. Según RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 300-302, se debe insistir en la distinción de bienes jurídicos individuales y colectivos. En cuanto a los primeros sostiene que los tipos de peligro pueden formularse de dos maneras: a) conteniendo únicamente una descripción de la conducta generalmente peligrosa, o b) exigiendo que la acción sea apta para causar

distinción, especialmente la de la protección de un interés colectivo porque no está claramente definido ni hasta dónde se puede proteger. Por esta y otras dificultades, no han faltado propuestas que, abogando por la renuncia a la búsqueda de un bien jurídico (personalísimo o colectivo), se enfocan únicamente a la protección de aquello que se considere digno de protección, independientemente de que no sean condiciones fundamentales o consolidadas dentro de la sociedad.

En conexión con el binomio característico de los delitos que estudiamos, un gran sector de la doctrina entiende que los tipos de delitos de peligro concreto protegen bienes jurídicos personalísimos y los tipos de delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos¹⁹. Por otro, que normalmente dentro de los delitos de peligro abstracto se incluye una variedad de intereses protegidos²⁰. Esto ha llevado a que se entienda que tienen su propio injusto²¹.

El inconveniente de dar paso a la protección de intereses no consolidados es que no sólo hay dudas en cuanto a qué son, sino que también pueden difuminar los límites del Derecho penal y acabar en un Estado de «terror penal» donde acecharía la pretensión estatal de limitar y controlar la sociedad sin mayor razón. Como puede verse hasta aquí, se trata de configuraciones con las que se intenta hacer frente a las exigencias de protección, pero que no parecen ser acordes con las que rigen dentro del propio sistema penal.

El elemento que caracteriza a esta clasificación, esto es el *peligro*, también forma parte de las preocupaciones de la doctrina²². Como una cuestión inicial podemos resaltar que nos encontramos frente a un problema que se infravalora porque se trata de un elemento que «todo el mundo entiende y sabe qué es». Es un término cuyo uso está ampliamente extendido en el cuerpo penal. Ha sido empleado, por ejemplo, para designar un estado o una condición y relacionarlo con un interés o bien jurídico-penal relevante ya

efectos lesivos. Para los supraindividuales o difusos (que Rodríguez Montañés entiende como referidos a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado), hace falta –afirma– modificar la interpretación (de los de peligro abstracto), y entender ahora que la protección de estos bienes inmateriales ya no necesita de una verificación de su lesividad, sino que su importancia es suficiente para hacerlos merecedores de tutela penal.

¹⁹ Aunque no han faltado voces que critiquen esta posición. Así, podemos mencionar, además de la ya citada Rodríguez Montañés, también a SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, p. 177.

²⁰ Algo que es común en el desarrollo de los delitos de peligro es la dificultad para establecer los límites. Y de esto da buena cuenta la doctrina. Así, por ejemplo, para PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político criminales», *RDPC*, 2.ª época, núm. 11, 2003, p. 97, se usan los delitos de peligro cuando no se puede determinar el bien jurídico protegido. Siguiendo esta misma línea crítica, según ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental (artículo 325.1 del Código penal)*, Granada, 2004, p. 93, debe definirse mucho mejor el bien jurídico (colectivo) protegido para que puedan tipificarse adecuadamente conductas que lo lesionen o pongan en peligro.

²¹ En este sentido, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 277 y ss. Un punto de vista distinto es defendido por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 50; ALCÁZER GUIRAO, «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», *ADPCP* 1996, pp. 481-482; ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho penal, PG*, p. 183.

²² Además del concepto de peligro, dentro del sistema penal alemán aparece otro término: el peligro común [*Gemeingefahr*] que se utiliza para designar aquel que puede «afectar» al Estado o la seguridad pública o a una gran cantidad de individuos. Para BINDING, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, 2.ª ed., 1904, § 118/V, „Gemeingefahr ist nichts anderes als die Gefahr der allgemeinen Verletzung, also eine Gefahr, welche das Hinausgreifen der Verletzung über das Gebiet einer Anza[h]l von Sonderverletzungen befürchten lässt“.

sea personal o colectivo. Lo peculiar es que su uso doctrinal y su sentido no ha sido (y no es) uniforme²³.

Por ejemplo, y para limitarnos –por ahora– al desarrollo en nuestra lengua, según Torío López²⁴ el peligro posee una característica elasticidad, pero es –aquí está la clave– *real*. Para la configuración de un delito de peligro²⁵, la acción ha de ser –defiende el autor– *incuestionablemente peligrosa*²⁶. Por su parte, Rodríguez Montañés explica que el peligro debe entenderse como la posibilidad de lesionar un bien donde ya no existen controles²⁷ por parte del autor para impedirlo²⁸. Esta parece ser la línea que intenta seguir la doctrina hasta hoy. En este sentido, por ejemplo, puede mencionarse el planteamiento que realiza Mendoza Buergo. Para esta autora –que concentra sus esfuerzos en revisar los delitos de peligro

²³ Un problema, por cierto, que no es nuevo. Ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo 1, 4.^a ed., 1919, § 53, destaca el problema del concepto de peligro (junto con otros tantos más). Más adelante señala que ya para Stübel la *simple* posibilidad de lesión aún no significa peligro (cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Tomo 4 (reimpr. de la ed. Leipzig, 1919), Darmstadt, 1991, § 277/I).

²⁴ Las ideas de Torío López suponen un gran cambio dentro de la doctrina española, pues pretende apartarse de la interpretación dominante, dar un nuevo contenido al peligro y defender una nueva clasificación que, con algunas críticas (cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1^a del Código penal (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», en *Derecho de la circulación*, Madrid, 1993, pp. 158-159), sigue siendo aceptada hasta hoy. Un importante avance pese a dejar ciertos detalles aún sin respuesta como, por ejemplo, las características del *peligro real*, o si se puede aplicar a los supuestos del código penal sin observar alguna particularidad.

²⁵ A los que –pese a que parezca obvio ahora– lleva el análisis de la imputación objetiva. Cfr. TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP* 1986, p. 43.

²⁶ Cfr. TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1981, pp. 841-842.

²⁷ Esta es una idea muy frecuente. Cfr., por ejemplo, KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht: Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlín, 1985, p. 292. Para este autor, a través de los delitos de peligro abstracto se impiden peligros que no son lo suficientemente dominables (que dependen de la casualidad). En consecuencia, debido a esta imposibilidad de dominar los acontecimientos, el legislador decide adelantar la defensa. Crítico con esta forma de presentarlos, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, pp. 362-363, porque –en su opinión– sólo son producto de una política de prevención sin más. Y esto no puede ser suficiente ni siquiera para legitimarlos.

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 37-38. También defiende que las prohibiciones de puesta en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar: el peligro no es un estado que debe evitarse en sí mismo, sino sólo para evitar la lesión del bien jurídico protegido. Esto le permite afirmar que en los delitos de peligro no existe un injusto autónomo, porque, a fin de cuentas, lo que interesa es simplemente evitar la lesión.

abstracto²⁹– es un error definir el peligro³⁰ como *mera probabilidad estadística* o presunción legislativa. La solución requiere partir de un concepto «*material de delito*»³¹ que considere la posibilidad real de lesión. Con base en esto, sólo es posible anticipar la protección penal frente a conductas objetivamente capaces o idóneas³² de afectar realmente un bien jurídico. De este modo, lo determinante –sostiene– no es la voluntad del legislador, sino la peligrosidad real de la conducta.

Hay cierto sector de la doctrina que, pese a continuar el camino expuesto anteriormente, establece ciertas variaciones. Es el caso, por ejemplo, de Corcoy Bidasolo. En su opinión, el peligro no puede ser meramente una probabilidad sobre la peligrosidad de determinadas modalidades de conducta establecida por el legislador, sino una probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal que se determina según su grado de evitabilidad³³. A partir de este elemento, esta autora

²⁹ Para MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, pp. 18-21, los delitos de peligro concreto han visto reducida notablemente su posición, pasando de ocupar un lugar privilegiado, a uno más bien modesto y, –en su opinión– poseen una configuración más uniforme y menos discutida por la doctrina (el peligro constituye un elemento expreso del tipo y que el juez debe comprobar la producción del peligro real para poder imputar la conducta), por eso la atención debe recaer en los delitos de carácter abstracto. Estos, que ocupan un lugar preferente en la actualidad, no deben definirse de manera puramente negativa, residual, ni configurarse por la simple realización de la acción. El legislador –resalta Mendoza Buergo– no puede tipificar conductas de cualquier manera. Mucho menos las peligrosas.

³⁰ Que distingue de la peligrosidad. Explica que la peligrosidad es un juicio *ex ante* referido a la propia acción en el momento de ponerla en práctica. El peligro, en cambio, es un juicio *ex post* concerniente al efecto producido por una determinada conducta. Cfr. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, pp. 35-37. Con esto, la autora parece acercarse a HIRSCH, «Peligro y peligrosidad» (trad., Sola Reche), *ADPCP* 1996, pp. 514-515.

³¹ De la misma opinión parece ser DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva (según el nuevo Código penal de 1995)*, Valencia, 1996, p. 76, al distinguir entre delitos de peligro formales («sin contenido de antijuridicidad que justifi[que] su punición, que no afecta[n] a ningún bien jurídico») y los delitos de peligro abstracto materiales (donde «la conducta cre[a] una situación de riesgo insostenible para el bien jurídico»). También PIGHI, «Daños por productos y posibles distorsiones de los delitos de peligro» (trad., Fernández-Pacheco Estrada), en BOIX REIG/BERNARDI (codtrs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, p. 303; GUIASOLA LERMA, «Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: Especial referencia a los delitos de peligro abstracto», *RDP* 1, 2008, p. 215. Para DEL CASTILLO CODES, *RDP* 19, 2006, p. 21, «el peligro abstracto no es un simple motivo del legislador sino, además, un elemento material del tipo aunque no descrito en él».

Niega que esto sea realmente un avance VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 437.

³² Para GÓMEZ TOMILLO, «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», en *LH-Cobo del Rosal*, p. 466, es innecesario preguntarse si la conducta es idónea para generar un peligro. Lo que interesa realmente, asegura, es si puede generar una lesión.

³³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 37-46. Esto porque no considera a los delitos de peligro como supuestos de peligro presunto, que entre otros problemas –asegura– presenta la imposibilidad de determinar con certeza el bien jurídico. Por otra parte, entiende que «[e]l grado de probabilidad necesario para convertir el peligro en penalmente relevante ha de tener una entidad tal que debe de rozar la seguridad de lesión». Para Corcoy, las posturas de Kindhäuser –una conducta es peligrosa cuando el autor no está en situación de impedir la lesión– o Demuth –el acento se encuentra en el aspecto de la normalidad o anormalidad de las medidas necesarias para poder evitar la lesión– no aportan mucho pues estas teorías sólo sirven para algunos casos y no observan la existencia de una probabilidad de lesión de un bien jurídico concreto (p. 47). Concluye señalando que una «[c]onsecuencia obligada de esta concepción normativa del peligro es la distinción, a efectos de

afirma que en estos delitos el resultado tiene determinadas características: no puede configurarse únicamente como lesión o destrucción, sino como *una afectación del objeto del delito*³⁴.

En este mismo grupo, además de Corcoy, se puede ubicar a Feijoo Sánchez³⁵. Para este autor los tipos de peligro contienen peligrosidad estadística que, si bien resulta ya suficiente para crearlos, no lo es como para sostener la intervención mediante penas frente a un ciudadano concreto³⁶. Afirma, por eso, que si la conducta es estadísticamente peligrosa, *pero en el caso concreto no hay una organización defectuosa* para otro ámbito de organización, no puede aplicarse una sanción penal (sólo, donde procede, una sanción administrativa). Dicho de otro modo, la intervención penal sólo es posible *hasta donde no se pueda encontrar más que una protección estadística*³⁷.

Hay cierta tendencia hacia el peligro que se ha denominado real. Esto gracias, en gran medida, a figuras como los *Eignungsdelikte*, por un lado, y los delitos de peligro hipotético, por otro. Se debe resaltar que el peligro, calificado como real, se exige sólo para una clase

imputación, entre la situación de peligro –grado de peligro normativo penalmente relevante– y juicio de peligro, lo que, [...], supone una nueva limitación garantista de la intervención penal» (p. 52).

³⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 133. Adicionalmente, la autora hace hincapié en la necesidad de una teoría general aplicable a los delitos de peligro. Brevemente, podemos resaltar lo siguiente: (i) la tentativa: asegura que el tratamiento podría ser el mismo que se aplica en los delitos contra bienes jurídicos individuales, es decir, que *ex ante* se valore el comportamiento como un peligro idóneo para lesionar (en este caso, el bien jurídico supraindividual) y, en el juicio *ex post*, se compruebe que ese peligro idóneo *ex ante* no se realizó *ex post*. Pese a esta idea inicial, niega la posibilidad de sancionar la tentativa en estos delitos, porque cree que al haber concebido como objeto de protección de los bienes jurídicos supraindividuales la protección y la confianza de los ciudadanos en que no se supere el riesgo permitido de determinadas actividades, se estaría adelantando demasiado las barreras de protección infringiendo los «principios de necesidad y merecimiento de la pena». Al negar la posibilidad de sancionar la tentativa, concluye la autora, es lógico que no se permita tampoco la sanción de los actos preparatorios. También se refiere (ii) a la imputación subjetiva: asegura que el objeto del dolo (y también de la imprudencia) en estos delitos es la conducta que supone un peligro objetivo idóneo para el bien jurídico protegido. Finalmente, respecto al (iii) concurso de delitos o leyes: afirma que en el supuesto de que una conducta realice dos delitos, uno contra un bien jurídico individual y otro contra un bien jurídico supraindividual, se solucionará como un concurso (ideal) de delitos en lugar de un concurso de leyes (excepto que esté en peligro y se lesione a la misma persona, o concurra un delito de peligro abstracto con uno de peligro concreto que protejan el mismo bien jurídico, en cuyo caso se aplicará el concurso de leyes).

³⁵ Si bien este autor no cuenta con una monografía que tenga como tema central los tipos de peligro, en distintos trabajos ha trazado una configuración muy sugerente, y no puede pasar desapercibida. Cfr. la interesante exposición en FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-González-Cuéllar García*, pp. 149 y ss., que circunscribe a los delitos de peligro contra la seguridad colectiva.

³⁶ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 320.

³⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-González-Cuéllar García*, p. 155. Si asumimos –afirma– que la conducta encierra idoneidad para lesionar, entonces –propone– *la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización* daría lugar a los delitos de peligro concreto; y *la desorganización del propio ámbito de organización* configuraría los delitos de peligro abstracto en los que la norma penal recoge la concreta situación de riesgo para otros ámbitos de organización individual o supraindividuales y no meras organizaciones *estadísticamente* inseguras. Así –resalta– se confirmaría que el injusto penal va más allá de la mera desobediencia (administrativa) y, además, se resolverían ciertos problemas de eficacia de los de carácter concreto y superarían las dudas de legitimidad de los delitos puros de peligro abstracto o de peligro abstracto en sentido estricto.

de los delitos de peligro. Esta situación completamente *normal* en el estado actual, no deja de ser, por lo menos, llamativa entre otros motivos no sólo por la dificultad para establecer los límites con la otra clasificación (de peligro abstracto), sino también por la implícita aceptación de que los problemas sólo concurren en una de las clasificaciones, esto es, en los de peligro abstracto.

Hasta aquí, una pequeña muestra de los dos problemas que se agravan y persisten hasta ahora. Nos interesa a continuación enfocarnos con más detalle en el –tantas veces mencionado– binomio de los delitos de peligro. Esto, para resaltar sus características y conocer el esquema que hasta hoy sigue siendo –con no pocas modificaciones– la mejor baza para mantener y explicar teóricamente la intervención penal anticipada.

Antes de iniciar el mencionado análisis, hacen falta dos aclaraciones. Por un lado, que expliquemos algunas características del binomio no significa que defendamos este esquema o que estemos colocando las bases para ofrecer, posteriormente, «nuestra versión de los delitos de peligro concreto y abstracto». Por otro lado, que sobre la utilidad del actual desarrollo nos ocuparemos después, en el último epígrafe de este capítulo.

II.C. Clasificación de los delitos de peligro: Abstracto y concreto³⁸

Las dos vías que, por lo general, se presentan en el momento de abordar el tema de los delitos de peligro son, por un lado, la de los tipos de peligro abstracto y, por otro, la de los tipos de peligro concreto³⁹. La situación de estos últimos no es –según la doctrina mayoritaria– problemática porque en la configuración de los delitos de peligro concreto se cuenta con un verdadero peligro⁴⁰ para el bien jurídico protegido⁴¹. Toda esta situación, afirman los autores, está explícitamente recogida en la ley. O como suele expresarse: el

³⁸ Ambas sub-clasificaciones son abordadas con interés pero, por lo general hace ya un buen tiempo, los de peligro abstracto son los que acaparan la mayor atención. Así, se ha discutido intensamente sobre su legitimidad y límites. En cierto momento, en las monografías y trabajos especializados se ha intentado redirigir la atención sobre su configuración, concentrando el esfuerzo en determinar su esencia, rechazando posturas de quienes defienden el uso de presunciones y abogando por un esquema asentado sobre la base de un «peligro cierto o real». Nos interesa, a continuación, presentar algunas particularidades que han tenido lugar con ocasión de este desarrollo y la forma cómo se han entendido los delitos de peligro en general.

³⁹ En la actualidad se entiende que esta es la base. Hay que destacar que además de esta distinción también se han considerado otras con ciertos matices. Así, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo 1, 4.^a ed., 1919, § 53, por ejemplo, entiende que sólo los delitos de peligro concreto son verdaderos delitos de peligro.

⁴⁰ Según SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 793, existe una «concreta inseguridad» para un interés penalmente protegido. Algo que nos recuerda lo que sostendría KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 280 y ss. unos años después. Sin embargo, la diferencia con Kindhäuser, según entendemos, se basa en que para este último esa forma la expone principalmente para los delitos de peligro abstracto.

⁴¹ Tanto es así que incluso se llega a afirmar que existe un resultado. En este contexto, es llamativo el matiz que establece HEIRINCH, „Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt“, *GA* 1999, p. 78. Según este autor en los delitos de peligro concreto no necesariamente debe darse un cambio en el mundo exterior [Außenweltsveränderung]. Pero „[e]s ist hier lediglich – im Vergleich zu den abstrakten Gefährdungsdelikten – erforderlich, daß sich die Intensität der Gefahr bis zu einem gewissen Grad verdichtet hat, so daß die Möglichkeit eines Verletzungserfolges wesentlich wahrscheinlicher ist“. Este sería, en todo caso, un argumento para dejar en claro que se trata de un delito de peligro y no de resultado. La cercanía de la producción de un resultado no debería servir para cambiar su clasificación.

peligro es un elemento exigido por el tipo⁴². Una particularidad adicional es que puede llevarse a cabo la prueba en contra para cuestionar la existencia de peligro⁴³. Pues si falta este, no se habrá configurado el delito de peligro concreto⁴⁴.

Bajo este planteamiento no es tan extraño que la doctrina haya creído encontrar una forma «segura» de hacer frente a los desafíos que presenta la intervención anticipada. No obstante, no queda claro a qué se refiere la doctrina –más allá de evitar el uso de presunciones– al exigir un «peligro verdadero». No quedan determinadas ni las características ni aquello que debe tenerse en cuenta en el momento de establecer distinciones, por ejemplo, con las actuaciones propias del Derecho administrativo sancionador. En consecuencia, sin la definición ni las características del peligro y, lo que es peor, sin límites claros, el escenario para cuestionar la composición del peligro e incluso la legitimidad de los delitos de peligro concreto es –en contra de lo que piensa mayoritariamente la doctrina– tanto o más inseguro que el que se reserva para los delitos de peligro abstracto.

Podría decirse, rechazando lo que acabamos de afirmar, que el peligro es verdadero en cuanto pueda constatarse que la conducta acarrea normalmente un resultado de lesión. Esto se apoyaría en los datos proporcionados por las estadísticas. El inconveniente que apreciamos en este razonamiento es que convierte en protagonista a la estadística y nos obliga a discutir y a observar casi principal y exclusivamente los porcentajes y demás datos brindados. Y con esto, no sólo se haría (aún más) difícil compatibilizar los delitos de peligro concreto con la regla de *ultima ratio*⁴⁵, sino que se nos obligaría a dejar de contemplar otros matices que contiene la figura del peligro⁴⁶.

A diferencia de los delitos de peligro concreto, los de peligro abstracto no han gozado de tanta popularidad entre los autores. Frecuentemente se han planteado dudas en cuanto a su composición. Y esto debido a que podían (¿pueden?) incluir casos de no-peligro⁴⁷ y, con ello, dar lugar a sanciones por «desobediencia»⁴⁸. Esta discusión es una de las posibles vías y que por mucho tiempo captó la atención: presumir la conducta peligrosa sin posibilidad de prueba en contrario⁴⁹. Otra línea, que es la que rige actualmente, nos presenta un esquema

⁴² Cfr. Arth. KAUFMANN, „Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit“, *JZ* 1963, p. 431.

⁴³ Cfr. SCHRÖDER, *JZ* 1967, p. 522.

⁴⁴ Así, por ejemplo, HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, pp. 48-49.

⁴⁵ En los casos, por ejemplo, en los que pese a los elevados datos estadísticos de producción de una lesión, la conducta es socialmente aceptada (piénsese, en el uso de vehículos a motor).

⁴⁶ Más allá de la clasificación de los delitos de peligro y el concepto que aquí incluye la doctrina.

⁴⁷ La opinión dominante sobre esta clasificación la expone claramente HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, pp. 59-60.

⁴⁸ Luego de presentar la argumentación al uso que se hace de las conductas «no peligrosas» que se sancionan bajo el modelo de los delitos de peligro abstracto, KORIATH, „Zum Streit um die Gefährdungsdelikte“, *GA* 2001, p. 69 afirma „[...] ist es verblüffend, und es ist (nur mir?) ein Geheimnis geblieben, weshalb der ungefährliche Einzelfall einmal, nämlich die ungefährliche Trunkenheitsfahrt, als problemlos und tolerabel erscheint, während die ungefährliche Brandstiftung, als „bloße Mißachtung des Normbefehls“ als „reiner Ungehorsam· eben aus der Extension des generellen Verbots herausgenommen werden soll“.

⁴⁹ Lo primero que se puede pensar es porque ayudan a descargar los problemas de la prueba. En este sentido, por ejemplo, SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), p. 16. Duda, por el contrario, de la validez de este argumento, CHOU, *Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten*, Bonn, 2011, pp. 54-55. Un punto de vista particular presenta RABL, en *Strafrechtliche Abhandlungen*, p. 21.

donde los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar conductas «generalmente arriesgadas»⁵⁰ aunque en el caso en cuestión no exista⁵¹ tal riesgo para el bien jurídico⁵². Esto ya supone un inconveniente⁵³, porque cierra las puertas a aquel que asume –siendo o no seguro– que su conducta no es peligrosa (aunque esté tipificada como tal)⁵⁴.

La peligrosidad general se determina –explica un sector de la doctrina– con base en la experiencia o la probabilidad estadística⁵⁵, de manera *ex ante* por un «observador objetivo» que se encuentra en la situación del autor. Precisamente por eso suele decirse que las conductas que pertenecen a esta clase de delitos son aquellas que a menudo son apropiadas para ocasionar una lesión del bien jurídico⁵⁶. A partir de aquí no faltan las propuestas que intentan conectar distintos caminos de solución. Así, por ejemplo, según Cramer, el peligro abstracto consiste en la *probabilidad* de un peligro concreto⁵⁷. Se trata, en su opinión, de una (mera) distinción cuantitativa⁵⁸.

Representa un cambio de perspectiva el sector que pretende fundamentar la sanción de los delitos de peligro abstracto como una «infracción del deber». En este sentido, para Horn los delitos de peligro abstracto son especiales modalidades de los imprudentes, que se diferencian de los «normales delitos de imprudencia» en que

⁵⁰ Así, en el Derecho penal alemán, por ejemplo, el causar incendios (§ 306a Abs. 1) en un edificio que sirva como vivienda, será sancionado, aunque el autor se haya cerciorado de que no haya nadie dentro en el momento de comenzar el incendio. No estamos de acuerdo con esta solución. Ya desde aquí pueden observarse ciertos cuestionamientos en la construcción. No importará el conocimiento para la imputación del dolo, porque carece de valor que el autor se asegure si puede o no lesionar o causar la muerte a alguien.

⁵¹ Cfr. Arth. KAUFMANN, *JZ* 1963, p. 431.

⁵² Cfr. por todos GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlín, 1991, pp. 145 y ss.

⁵³ Sin contar que genera otros, como por qué la peligrosidad no es un elemento del tipo en los delitos de peligro abstracto, qué diferencia hay entre peligrosidad y peligro concreto. Para otras cuestiones adicionales, cfr. ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, pp. 16-17.

⁵⁴ En el mismo sentido, por ejemplo, BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Eine Untersuchung über Gefährungs- und Unternehmensdelikte*, Múnich, 1986, pp. 116-117.

⁵⁵ Cfr. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, p. 279.

⁵⁶ Crítico al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 238.

⁵⁷ Cfr. CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, Tubinga, 1962, p. 68. En su opinión, las tres categorías de delitos, esto es los de lesión, peligro concreto y abstracto, se entienden como ataques al bien jurídico.

⁵⁸ Crítico al respecto, Arth. KAUFMANN, *JZ* 1963, p. 433. Entiende que Cramer convierte los delitos de peligro abstracto en la «probabilidad de la probabilidad» de la lesión de un bien jurídico. Todo esto sería el resultado –continúa– de un error lógico que ha cometido Cramer. También es crítico con esta posición por no dar con el punto clave: el grado de determinación, ALTENHAIN, „Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten“, *GA* 1996, p. 25; ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, pp. 24-28. Para CHOU, *Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten*, p. 58, la crítica de Kaufmann no sería correcta porque «el peligro abstracto como probabilidad de un peligro concreto según Cramer se relaciona con el concreto estado de peligro [Gefahrzustand] pero no con el resultado de lesión [Verletzungserfolg]». Por nuestra parte, pensamos que puede tenerse en cuenta la precisión que realiza Chou. Sin embargo, esto no le otorga validez (ni claridad) a la postura expuesta. Que se trate de la probabilidad de peligro concreto o de lesión a los efectos de este planteamiento no tiene mayor impacto.

no es necesaria la existencia de una lesión concreta de un bien jurídico⁵⁹. También otro autor que puede incluirse en este grupo es Brehm, quien entiende los delitos de peligro abstracto como *lesión* de un concreto deber de conducta⁶⁰. Volz presenta un matiz. En su opinión, si el autor realiza una conducta peligrosa pero no hay riesgo (prohibido) entonces no existe ninguna infracción del deber⁶¹.

Existe otro grupo que intenta alejarse de todo lo anterior. Así, Schünemann pretende buscar fuera de la peligrosidad general otras razones que puedan aplicarse a los delitos de peligro abstracto⁶². Esto le lleva a distinguir una sub-clasificación tripartita: de bien jurídico intermedio espiritualizado [vergeistigten Zwischenrechtsgut]⁶³; de las llamadas acciones en masa [Massenhandlungen]⁶⁴ y por último, de las tentativas imprudentes [fahrlässiger Versuch]⁶⁵.

Podemos incluir aquí también a Graul. Esta autora intenta poner de relieve que no es válida la configuración de los delitos de peligro abstracto sobre la base de la presunción de peligro. Intenta mostrar cómo las dos teorías empleadas sobre los delitos de peligro no son de utilidad: por un lado, la teoría de peligrosidad abstracta entra en conflicto con la regla del *in dubio pro reo* y el principio de culpabilidad. Y por otro, la teoría de la peligrosidad como motivo supondría tratar los delitos como de mera desobediencia⁶⁶. Vuelve al planteamiento de la infracción de deber de cuidado, pero entiende que la mera realización dolosa de la acción típica no lleva

⁵⁹ Cfr. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, p. 23.

⁶⁰ Cfr. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, pp. 89 y ss. El juicio de antijuridicidad material se determina, según el autor, desde la idoneidad *ex ante* para menoscabar un bien jurídico.

⁶¹ Cfr. VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte*, Gotinga, 1968, p. 167.

⁶² Para SCHÜNEMANN, „Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, *GA* 1995, p. 212, la puesta en escena de los delitos de peligro abstracto tiene que ver con el cambio dentro de la sociedad donde toma un papel importante la presencia de conductas anónimas y estandarizadas. Los delitos de peligro abstracto alivian «las dificultades de prueba» permitiendo la sanción de conductas. En contra de esta presentación se muestra ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, pp. 366-368. Para este autor la explicación –que se construye sobre la imposibilidad de conocer la relación de causalidad– no tiene sentido porque en la sociedad actual sucede lo contrario. Si no fuera así, agrega, „könnte auf diese Weise stets die Vorverlagerung des Strafrechts mittels abstrakter Gefährlichkeitsdelikte mit der Lückenhaftigkeit unserer Erkenntnis legitimiert werden. Aus der Schwierigkeit der Aufklärung komplizierter Zusammenhänge folgt nicht automatisch das Eingreifen des Strafrechts“. Y en todo caso, que la ciencia actual no pueda explicar todos los fenómenos (se entiende que pueden tener alguna relevancia penal) no justifica la creación de delitos de peligro abstracto. Tampoco sirve para justificar la creación de delitos de peligro el que sean necesarios para relajar la exigencia de la prueba.

⁶³ Cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 798. A este grupo pertenecerían los delitos corrupción y falsedad de testimonio.

⁶⁴ Según SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 798, aquí podrían agruparse las conductas que tienen lugar en el tráfico rodado. Este grupo sería en opinión de WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem*, Berlín, 1981, p. 277, los delitos de peligro abstracto «proprios» [eigentlichen].

⁶⁵ Como ejemplo, señala el delito de incendio (§ 306 StGB). Que para distanciarse de las propuestas de Brehm y Horn, entiende que no se trata de una infracción de deber objetiva, sino subjetiva (SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 798). La tercera clasificación de Schünemann conformaría según WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, p. 278, los delitos de peligro abstracto «impropios» [uneigentlichen].

⁶⁶ Cfr. GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, p. 232 y ss.

consigo esa infracción, sino que deben observarse las concretas circunstancias del caso.

En este contexto⁶⁷, se puede apreciar un acercamiento hacia lo que se exige en los delitos de peligro concreto, esto es, dejar de lado las presunciones y concentrar los esfuerzos en constatar si realmente existe o no peligro. Sin embargo, el defecto sigue siendo el mismo. No hay criterios que nos permitan definir qué es el peligro y cuáles son sus límites. No se está abogando por revivir la discusión de las teorías objetivas o subjetivas del peligro o dar paso al concepto normativo del peligro –como propone entre nosotros Corcoy Bidasolo–, ni se está pidiendo un esfuerzo teórico que sea totalmente innecesario en la práctica. Si no hay un concepto de peligro, falta precisamente aquello que tanto le ha servido al legislador para justificar la intervención penal anticipada. No estamos negando el esfuerzo que ha realizado la doctrina. Sin embargo, no es ya de recibo afirmar que el peligro es un estado previo a la lesión que no se produce por casualidad, porque bajo ese paraguas podemos también englobar supuestos de tentativa⁶⁸. Por otra parte, en el escenario actual afirmar que el peligro es cierto o verdadero sólo si hay un posible resultado que tiene lugar «en una realidad material», casa muy mal cuando se relaciona con los intereses socialmente valorados que no tienen, valga decirlo, una materialidad (piénsese, por ejemplo, en el honor).

Con todo, la sorpresa no es tanto que se hayan mantenido y se mantengan sin mayores contrariedades, dejando de lado los cuestionamientos de la legitimidad, las dos clases de delitos de peligro, sino que el legislador haga uso de estas figuras para sancionar penalmente, pese a que no hay, como hemos señalado, una delimitación clara de la figura central, no se sabe bien qué lo compone ni cómo se determina, si sólo tienen relevancia las estadísticas, si el «observador objetivo» es un ente omnipresente en el tiempo y el espacio, o si son válidos siquiera estos caminos.

El favorecimiento de los delitos de peligro por parte del legislador no pasa desapercibido para la doctrina que se ha preocupado también por ampliar y «afinar» su campo de mira. Esto se ha traducido en un buen número de propuestas que escapan a los contornos ya establecidos para los delitos de peligro. De esto nos ocupamos a continuación.

III.D. Más allá del binomio

En el momento de analizar y clasificar los preceptos en el código penal dentro de la tradicional distinción entre peligro abstracto y concreto podemos ver que no son pocas las dificultades y dudas que se presentan⁶⁹. Los autores coinciden en afirmar que este ejercicio saca a la luz las dificultades del propio sistema. Dicho de otro modo, la poca claridad y la diversidad de elementos (indicios, presunciones, exigencia de peligro real...) quedan expuestos y surge la necesidad de hacerles frente.

⁶⁷ Crítico con las propuestas presentadas, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991, p. 30.

⁶⁸ Y aún más, sostener que el peligro es válido o cierto pero no se produce la lesión por casualidad – como sostiene un sector de la doctrina– no nos permite establecer ningún nivel para graduar la pena.

⁶⁹ Según HOYER, „Zum Begriff der „abstrakten Gefahr““, *JA* 1990, p. 183, la poca claridad que hay en este panorama debe llevar incluso a pensar si el tradicional binomio debe incluir un elemento más.

El binomio se muestra inapropiado e insuficiente⁷⁰. Por eso, no faltan las propuestas para distinguir otras clasificaciones⁷¹. Es curioso, sin embargo, que hayan proliferado aquellas donde se ensaya una sub-división dentro de los delitos de peligro abstracto⁷². Esta situación no es la regla, ni significa que se olvide la otra clasificación, esto es, los de peligro concreto. No obstante, sí es, por un lado, una manifestación del punto de partida normalmente asumido: los problemas más grandes se encuentran en los tipos de peligro abstracto; y, por otro lado, un ejemplo más de la flexibilidad⁷³ que la doctrina reconoce en general a los delitos de peligro abstracto.

Limitándonos a los últimos intentos⁷⁴, cabe destacar la propuesta de Zieschang. Este autor, siguiendo a Hirsch, propone distinguir los delitos de peligrosidad abstracta, peligrosidad

⁷⁰ Hay autores que proponen un entendimiento unitario de los delitos de peligro. Así, por ejemplo, HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, p. 78. Según KUHLEN, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en ROBLES PLANAS (coord.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012, p. 232, ir más allá de los delitos de peligro abstracto (distinguiendo dentro de ellos tres clases como son los delitos de aptitud, los de acumulación y los de preparación) no hace sino restarle mala fama y su dudosa legitimidad.

⁷¹ Afirma PUSCHKE, „Grund und Grenze des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte“, en HEFENDEHL (coord.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, Berlín, 2010, p. 10, „Bereits die herrschend vorgenommene Einteilung in Verletzungsdelikte auf der einen und konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte auf der anderen Seite wird sowohl begrifflich wie auch strukturell hinterfragt. Termini wie Eignungs-, Gefährlichkeits-, Kumulations- oder potentiell Gefährdungsdelikt werden zum Teil ergänzend, zum Teil ersetzend in die Diskussion gebracht“.

⁷² Una de ellas, y que más impacto ha tenido en nuestro sistema penal, es la de TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1981, pp. 841 y ss., y sus delitos de peligro hipotético. Torío López distingue tres especies de peligro abstracto: a) aquellos delitos que suponen una violación a las reglas ético-sociales o ético-religiosas; b) aquellos que son una simple desobediencia o un injusto administrativo sometido a pena; y c) aquellos que reclaman una acción apta para producir un peligro. Sobre estos últimos, que denomina *delitos de peligro hipotético* (o de peligro posible), centra su propuesta. Ésta podría resumirse como la exclusión de la tipicidad ante la imposibilidad de la producción del peligro. Para diferenciarlos de los de peligro concreto, sostiene que en los de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* del resultado), pero *no hay una acción con un peligro efectivo*, sino sólo *un estado caracterizable como probabilidad de lesión*.

Esta precisión puede ser útil para reafirmar la propuesta, pero nos deja –si se nos permite la analogía– un «campo minado»: ¿qué es el peligro efectivo?, ¿el que está antes de la producción de lesión?, ¿se presume?, ¿qué papel le queda al peligro de los de carácter concreto?

⁷³ Esto, en principio, no se presenta como si de algo negativo se tratase. La capacidad para poder adaptarse a las distintas realidades manteniendo un mínimo y un esquema coherente es lo ideal. Ahora bien, la pretendida flexibilidad no puede servir para romper las mínimas vinculaciones –con la excusa de proteger un interés que muchas veces no está claro– ni las garantías del propio sistema penal.

⁷⁴ Cfr., para una revisión de otras posturas, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, pp. 15 y ss. En español, cfr., MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, pp. 310 y ss.

concreta⁷⁵, peligro potencial⁷⁶ y peligro concreto. En las dos primeras, afirma, el elemento central recae sobre la *peligrosidad de la conducta*, en las dos siguientes, en un *resultado específico*⁷⁷.

De la exposición que realiza, nos interesa destacar la crítica a la propuesta de Kindhäuser, quien entiende que en los delitos de peligro abstracto hay un injusto propio y éste tiene que ver con las condiciones de seguridad para disponer de los bienes que permiten el desarrollo en sociedad. Para Zieschang esa configuración produce una ampliación excesiva. La seguridad es un concepto tan abierto que puede usarse como fundamento suficiente para extender el campo de acción del Derecho penal⁷⁸. Por otro lado, insiste en que la pretensión de legitimar los delitos de peligro abstracto desde el punto de vista del bien jurídico, no se logra ya que se pierde el significado de la protección⁷⁹. E incluso critica que Kindhäuser defienda la existencia de una «dañosidad sui generis», porque daría la impresión de permitir su ubicación dentro de los delitos de lesión⁸⁰.

En nuestra opinión, estas críticas son muestras de que no se ha entendido bien la propuesta de Kindhäuser. Para este autor, no se trata de que la seguridad sea un bien jurídico sobre el que se justifique la construcción de los delitos de peligro abstracto. Sólo es una condición necesaria. La esencia del trabajo está en que pretende alejarse de la discusión sobre el bien jurídico entendido como tal y atender a la función del bien con su beneficiario⁸¹ (e incluso, hasta donde entendemos, centrarse en la configuración de la conducta). Así, por ejemplo, sostiene que una situación de

⁷⁵ Serían aquellos por los que no se sancionaría la mera desobediencia y se protegerían especialmente los bienes jurídicos más importantes. No se castiga penalmente por un resultado de peligro (esto es propio de los delitos de peligro concreto) sino simplemente una conducta peligrosa que desde una perspectiva *ex ante* no puede excluirse un daño. Por eso, sostiene que existe una conducta peligrosa „wenn zu Beginn der Handlung der Eintritt eines Schadens nicht ausgeschlossen werden kann“ (p. 61).

⁷⁶ Por los que se sancionan no la infracción formal (que sí sería sancionada por los cuestionados – por Zieschang– delitos de peligrosidad abstracta) sino aquellas conductas por las que la entrada de una lesión tan sólo depende del azar.

⁷⁷ Cfr. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 347.

⁷⁸ Además, destaca ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 354, puede ser sólo un efecto que se consigue con la propia norma (p. 355); o dicho de otro modo, que la seguridad sólo es resultado de la protección concreta de un bien jurídico (p. 356). En el mismo sentido, por ejemplo, ALTENHAIN, *GA* 1996, p. 26; y ROXIN, *Strafrecht, AT*, Tomo 1, 4.ª ed., 2006, p. 358.

⁷⁹ Cfr. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, pp. 354-355. „Eine sehr globale Fassung des geschützten Rechtsguts schafft die Legitimationsgrundlage für diese Deliktsgruppe. Hierbei vermag nun die Sicherheitsbegriff prinzipiell jede Regelung zu rechtfertigen. Damit verbleibt dann aber von dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes kaum mehr als eine bloße Worthülse“. No obstante, vale aclarar que Kindhäuser no entiende la seguridad como un bien jurídico. Aunque en un comienzo ha podido interpretarse así, especialmente debido a la definición que el profesor de Bonn hace de bien jurídico „Eigenschaften von Personen, Sachen und Institutionen, die der freien Entfaltung des einzelnen diene“ (KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 142 y ss.; 351); el mismo autor se ha encargado de aclarar esta cuestión.

⁸⁰ Cfr. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 355. Aunque también agrega que la configuración de Kindhäuser transformaría los delitos de peligro abstracto en delitos de riesgo (p. 356).

⁸¹ Cfr. KINDHÄUSER, „Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote“, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Tomo I, Baden-Baden, 1998, p. 273. Según el autor, „[d]er Wert einer Sache ist immer relativ zu bestimmten Interessen und Bedürfnissen und kommt nicht etwa der Form oder Substanz der Sache selbst zu“.

peligro concreta lo es en la medida en que, desde el punto de vista del bien⁸², es posible una lesión, y ésta no se puede evitar. Y agrega que la genuina «dañosidad» [Schädlichkeit] del peligro concreto está en la extrema desprotección del bien [akuten Schutzlosigkeit des Gutes]⁸³. En los de tipos de peligro abstracto, tras hacer precisiones sobre el bien jurídico⁸⁴, entiende que el peligro abstracto no menoscaba el bien jurídico en su forma o sustancia, sino –como ya se ha dicho– la seguridad con la que se puede disponer del bien.

Posteriormente Zieschang aborda en su exposición una propuesta extrema: erradicar los delitos de peligro(sidad) abstracta del Derecho penal⁸⁵, pues es cuestionable que sirvan para sancionar conductas que en el caso específico no son peligrosas⁸⁶. Y afirma que, en cualquier caso, muchas de las características que normalmente se incluyen en esa categoría pertenecen a otras⁸⁷ (¿?), tales como los delitos de peligrosidad concreta o los delitos de peligro potencial⁸⁸.

La ventaja que tiene la propuesta de Zieschang, en general, es que pretende insistir en la necesidad de sancionar conductas que sean peligrosas⁸⁹. Ahora bien, esto sólo supone insistir en la dirección que ya hace mucho sigue la doctrina. Queda pendiente, pese a la subclasificación que realiza, delimitar mejor tanto las características como los contornos de los delitos de peligro.

⁸² Crítico con esto, ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, p. 359.

⁸³ Cfr. KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, p. 270.

⁸⁴ Insiste KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, p. 274, „[d]ie Interpretation von Rechtsgütern als Mittel der Partizipation am gesellschaftlichen Leben legt es wiederum nahe, den Schutz auch auf die Sicherung der Verfügungsmöglichkeit über Güter zu erstrecken. [...] Unter dieser Prämisse bezieht sich die abstrakte Gefährdung auf die Sicherheit des Verhältnisses zwischen dem Rechtsgut und seinem Nutznießer [...]“.

⁸⁵ Esto le lleva a preguntarse si es que tienen cabida, por lo menos, dentro del Derecho de contravenciones (ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, pp. 392-393). Concluye el autor: „[i]m Ordnungswidrigkeitenrecht ist es somit aufgrund des damit verbundenen geringeren Unrechtsgehalts der Verhaltensweisen möglich, abstrakte Gefährlichkeitsdelikte zu statuieren, welche die Prüfung der Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung entbehrlich machen“.

⁸⁶ Precisa ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, p. 383, „Obwohl das Verhalten für das von dem jeweiligen abstrakten Gefährlichkeitsdelikt geschützte Rechtsgut überhaupt nicht gefährlich ist, dieses also im konkreten Einzelfall gar keines Schutzes über die Strafnorm bedarf, muß dennoch eine kriminalstrafrechtliche Sanktion verhängt werden. Im Gegensatz dazu dürfte aber dieses Verhalten zutreffenderweise ebenso wie jedes andere für das geschützte Rechtsgut ungefährliche Verhalten gerade nicht die Verhängung einer Kriminalstrafe zur Konsequenz haben“.

⁸⁷ No deja de ser, por lo menos, llamativo que vaya colocando los supuestos calificados de peligro abstracto en alguna de las clasificaciones que propone. Crítico al respecto se muestra HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, pp. 163-164.

⁸⁸ ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, pp. 384-385: „Wenn argumentiert wird, Verletzungs- oder konkrete Gefährungsdelikte könnten insofern das Verhalten nicht erfassen, so daß das abstrakte Gefährlichkeitsdelikt die adäquate Form des strafrechtlichen Schutzes sei, wird übersehen, daß als weitere eigenständige Deliktsform das konkrete Gefährlichkeitsdelikt zur Erfassung gefährlicher Verhaltensweisen existiert“.

⁸⁹ El mismo autor (ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, p. 386) lo defiende: „Neben dem Verletzungsdelikt kann und sollte das Kriminalstrafrecht mit den Deliktskategorien des konkreten Gefährlichkeitsdelikts sowie potentiellen und konkreten Gefährungsdelikts auskommen“.

Otra propuesta a destacar es la que presenta Wohlers. Este autor se encarga de resaltar que el centro de la discusión no debe ser si hay o no detrás un bien jurídico⁹⁰ individual o colectivo⁹¹, sino qué criterios existen para considerarlos dignos de protección penal⁹². Tras analizar las características del Derecho penal moderno y de insistir en que a través de la intervención penal se garantizan las condiciones para el libre desarrollo personal⁹³; el autor hace referencia a la clasificación entre delitos de lesión y delitos de peligro. Dentro de estos últimos, y en especial en los de peligro abstracto⁹⁴, para Wohlers no hay más que una categoría para recopilar todos aquellos tipos que no son ni de lesión ni de peligro concreto⁹⁵. Es posible, en todo caso, distinguir tres sub-clasificaciones⁹⁶: delitos de peligrosidad concreta [konkrete Gefährlichkeitsdelikte]; acumulativos⁹⁷ [Kumulationsdelikte] y

⁹⁰ Según WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 27, „[...] der Rechtsgutstheorie selbst zukommende Funktion allein darin besteht, den Gesetzgeber zu verpflichten, das von ihm mit einem Straftatbestand angezielte Schutzinteresse offenzulegen. Ob es sich hierbei dann um legitime oder illegitime Interessen handelt, kann nicht aus dem Rechtsgutsbegriff selbst abgeleitet werden, sondern ist anhand von normativen Kriterien zu entscheiden, die von außen an die Rechtsgutslehren herangetragen werden müssen“.

⁹¹ Cfr. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221; ID., „Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie“, *GA* 2012, p. 600. Sin embargo, en el momento de establecer su sub-clasificación de los delitos de peligro abstracto recurre a ella. Da cuenta de esto también, HEFENDEHL, *GA* 2002, p. 22: „Er konstatiert [*scil.* Wohlers] indes, dass der Deliktstypus untrennbar mit einer exakten Bestimmung des Rechtsguts verknüpft sei [...]“.

⁹² Cfr. WOHLERS, „Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur“, *GA* 2002, p. 17.

⁹³ Cfr. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 212.

⁹⁴ Insiste WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 283 en que „[o]bwohl der Deliktstypus der abstrakten Gefährdungsdelikte gemeinhin ex negativo definiert wird, d.h.: abstrakte Gefährdungsdelikte (stets) dann vorliegen sollen, wenn der Gesetzgeber weder eine Verletzung noch eine konkrete Gefährdung des durch die Norm geschützten Rechtsguts als tatbestandlichen Erfolg vorgesehen hat, versucht man dennoch, auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten – wenigstens verbal – den Rechtsgutsbezug aufrechtzuerhalten“.

⁹⁵ Cfr. WOHLERS, *GA* 2002, p. 18. Según este mismo autor, „[d]em Desinteresse an einer differenzierten Analyse der abstrakten Gefährdungsdelitte entspricht ein ebenso verbreitetes Desinteresse daran, eine sachlich überzeugende Legitimation für diesen Deliktstypus zu finden“. Lo anterior es una cuestión llamativa, y sin embargo cierta a medias. Es verdad que hay ya cierto desinterés por tratar el tema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pero esto es producto de que se ha llegado a afirmar su legitimidad dentro del Derecho penal moderno. Otra cosa distinta es, como dice el autor, que más o menos pueda dudarse de la legitimidad, pero siempre y cuando se recurra a presunciones u otras vías flexibles para fundamentar la configuración de los delitos de peligro abstracto. Precisamente lo que dice a continuación es ejemplo de esto último: „[z]war wird der Rückgriff auf abstrakte Gefährdungsdelikte gemeinhin als „in besonderer Weise legitimationsbedürftig“ angesehen, letztlich wird der Einsatz abstrakter Gefährdungsdelikte dann aber für gerechtfertigt gehalten, wenn es um den Schutz „besonders wertvoller Schützgüter“ geht“.

⁹⁶ El autor se excusa diciendo que lo que está haciendo es tratar de ordenar lo que encuentra dentro de los delitos de peligro. Al final reconoce que no hay ninguna ganancia con su propuesta en cuanto a la legitimidad de los tipos de peligro, pero puede defenderse que al no ser ilegítimos cada una de las clases que ha propuesto pueden contener medidas o criterios útiles. Este autor se preocupa de la legitimación pero no nos queda claro que sea suficiente.

⁹⁷ Que según WOHLERS, *GA* 2002, p. 19, sirven para proteger intereses colectivos.

preparatorios ⁹⁸ [Vorbereitungsdelikte]. Todos estos contienen conductas que no menoscaban (de manera directa) un interés protegido, aunque podrían hacerlo⁹⁹.

El esquema que presenta Wohlers, si bien contiene elementos de los que ya se ha ocupado la doctrina, nos sirve para revisar la dirección que ha tomado la discusión actual sobre los delitos de peligro. De eso nos encargaremos a continuación. Previamente hace falta precisar que esta puesta en escena no significa estar de acuerdo o asumir estas distinciones. Simplemente consideramos oportuno tomar como base el planteamiento de Wohlers y presentar la sub-clasificación de delitos de peligro (abstracto¹⁰⁰).

La primera sub-clasificación a la que hace referencia Wohlers es la de los delitos de peligrosidad concreta. Éstos, en su opinión, sancionan conductas cuya peligrosidad se basa en que conducen a situaciones en las que el autor ya no puede controlar y, por eso, podrían derivar en un escenario de peligro concreto o de lesión. Como podemos observar, se trata ya de un planteamiento conocido, esto es, de los delitos de peligro hipotético o los de peligro idóneo.

Estos últimos son desarrollados por Hoyer ¹⁰¹. Se trata de una categoría independiente a la de los delitos de peligro concreto y abstracto. En buena medida, el autor expone que en los delitos de idoneidad no se exige la creación de un peligro concreto¹⁰² sólo un incremento del riesgo de lesión¹⁰³.

⁹⁸ Para estos el autor reconoce que el riesgo potencial está en que a la acción en sí misma o mediante la acción de un tercero se puede anexar un resultado. Sirven para proteger intereses individuales como colectivos. (WOHLERS, *GA* 2002, p. 19) Para estos últimos, explica, hay normalmente una combinación entre los delitos acumulativos y los preparatorios.

En España, CORCOY, *Delitos de peligro*, pp. 282-284, entiende que los actos preparatorios autónomos pueden considerarse delitos de peligro abstracto.

⁹⁹ Precisa WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 28, „[...] werden durch Gefährdungsdelikte Verhaltensweisen erfaßt, [...] eine Situation begründen, aus der sich eine Beeinträchtigung entwickeln kann, nicht aber notwendigerweise entwickeln muß“.

¹⁰⁰ Niega la posibilidad de sub-clasificación, BOHNERT, *JuS* 1984, p. 187.

¹⁰¹ El autor resalta que en determinados tipos se incluye expresamente la palabra «idóneo». Cfr. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, Berlín, 1987, p. 16. En cuanto a la definición de idoneidad [Geeignetheit], antes de presentar su punto de vista, revisa los esfuerzos de Schröder (que los entiende como delitos de peligro concreto) y Gallas (que diferencia entre los delitos de peligro concreto y como una clase especial de los delitos de peligro abstracto) por conceptualizar ese elemento.

¹⁰² Hoyer se preocupa por establecer la distinción entre estos delitos y los de peligro concreto. Aunque todo esto no es adoptado por la doctrina.

¹⁰³ Pero esto no les libra de los cuestionamientos sobre su legitimidad. Y este sería el mismo que se le achaca a los delitos de peligro abstracto: cómo puede legitimarse la sanción de una conducta que bajo las *concretas circunstancias* es inocua, pero bajo otras (*concretas circunstancias*) sería peligrosa. Para HOYER, *JA*, 1990, p. 185, sin embargo, la sanción de una conducta puede fundamentarse en otros elementos. Así lo hace por ejemplo –afirma el autor– Schünemann con la categoría que propone de los «delitos en masa» [Massendelikten] donde se tipifica conductas inocuas. Nos parece que carece de solidez justificar así esta clase de sanciones penales.

La siguiente sub-clasificación¹⁰⁴ abarca los denominados delitos preparatorios¹⁰⁵. El potencial de riesgo en éstos se encuentra en que el propio agente u otra persona puede añadir un fin delictivo al resultado de la conducta en cuestión. Aquí, a diferencia de la siguiente clasificación, no importa que las acciones se lleven a cabo en gran número, porque ni así «lesionan» el bien jurídico¹⁰⁶. No sólo Wohlers, sino también otros autores como Puschke, consideran que los tipos de preparación¹⁰⁷ se definen como aquellos en los que se evita un daño futuro de un bien jurídico¹⁰⁸. En otras palabras, se relaciona la peligrosidad [Gefährlichkeit] que justifica la penalización¹⁰⁹, con una futura acción de menoscabo. El matiz que le proporciona Wohlers es que aquí nos encontramos frente a una situación sobre la que se puede construir el fin delictivo¹¹⁰. Para Puschke, más bien se trata de la «intención» de tener el dominio sobre la lesión de un bien jurídico en un momento posterior¹¹¹. Ese último elemento subjetivo de la «intencionalidad del dominio» hace rechazable la segunda postura por su inseguridad e imposibilidad de «demostrar», pero también porque enlaza otra vez con la (im)posibilidad de control, una figura que tampoco ha servido de mucho para explicar el contenido de los delitos de peligro concreto. Ahora bien, aunque en los planteamientos de ambos autores se intenta explicar el adelantamiento de la intervención –con precisiones más o menos comunes– no termina de convencer por qué debe anticiparse, más allá de explicar –como hacen ambos autores– de que hay una necesidad de adaptarse a los «nuevos cambios» si siguen anclados sobre la base de la lesión. Dicho de otro modo, no se entienden las razones de crear otra clasificación que aunque se le llame de otro modo, no es sino –si se nos permite la expresión– la anticipación de la anticipación.

Por último, los delitos de acumulación¹¹². En éstos no se exige que una sola acción produzca la lesión o el peligro, sino que la acción individual pertenezca a aquellas en las que en un

¹⁰⁴ Aunque hay autores que los ubican fuera de los delitos de peligro abstracto. Así, por ejemplo, A. MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, § 12/3.

¹⁰⁵ Cfr. Según PUSCHKE, en *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 11, hay que analizarlos porque „[...] wegen der Ausrichtung auf eine zukünftige Schädigungshandlung Besonderheiten innerhalb der abstrakten Gefährdungsdelikte aufweisen. Zudem werden Tatbestände, die Vorbereitungshandlungen verbieten, zum Teil sehr öffentlichkeitswirksam im Kampf gegen spezielle Risiken eingesetzt und nunmehr auch von europäischer Seite vorangetrieben“.

¹⁰⁶ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 328.

¹⁰⁷ Distingue PUSCHKE, en *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, pp. 12-13, dentro de los delitos de peligro abstracto y junto a los ya mencionados de preparación los delitos de «dominio de la casualidad» [Delikte zwecks Zufallsbeherrschung] en los que la protección del bien jurídico tiene que ver con mantener alejadas las acciones que han sido enjuiciadas como peligrosas. Para diferenciarlos de los delitos de preparación, afirma que en los de «dominio de la casualidad» la peligrosidad de la conducta para un bien jurídico se produce desde el no-dominio de una situación. En cambio, en los delitos de preparación hay un *claro* dominio de aquello que terminará en la lesión del bien jurídico (p. 13).

Sostiene que entre ambos extremos hay un buen número de tipos en los que se sancionan tanto el no-dominio objetivo como la relación de peligrosidad subjetiva. Todos estos tipos, serían para Puschke, delitos de preparación en sentido amplio. Así comprende dentro de estos a los llamados delitos de cooperación o de organización [Kooperations- oder Organisationsdelikte].

¹⁰⁸ Asegura PUSCHKE, en *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 12, uno individual o colectivo.

¹⁰⁹ Algo que no deja de preocupar es su legitimidad. Sobre esto cfr. PUSCHKE, en *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 24.

¹¹⁰ Cfr. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 328.

¹¹¹ Cfr. PUSCHKE, *InDret Penal* 4/2010, p. 6.

¹¹² En contra de esta clasificación: ROXIN, *Strafrecht, AT*, Tomo 1, 4.^a ed., 2006, § 2/82.

mayor número¹¹³ podrían derivar en una lesión o peligro¹¹⁴. Se trata de una situación distinta, porque nos encontramos frente a supuestos¹¹⁵ donde la inocuidad es la regla¹¹⁶. En otras palabras, conductas que no causan lesión ni peligro, se sancionan en función de las consecuencias que podrían tener lugar si se realizan en gran escala.

Pensamos que algunas de estas construcciones pueden limitar ilegítimamente la libertad y, en otros casos, no funcionar en el sentido que se cree. Basta decir por ahora que, aunque reconocemos que dentro de los delitos de peligro hay un abanico más amplio de posibilidades, ninguna supone dar paso a la intuición y con base en ella «fundamentar» una sanción penal. Si partimos de supuestos que tienen como máximo representante al peligro, primero debe definirse éste, establecer los límites y demás características que tendrán los delitos. Aún más, si lo que se pretende es alejarse –y en buena cuenta es lo que hace, por ejemplo, Wohlers– del peligro, entonces habrá que fundamentar desde el propio Derecho penal –y no sólo esgrimiendo razones de política criminal– y presentar un esquema más o menos plausible sobre el que se pueda construir esos otros modelos.

III. ¿QUEDAN AÚN INCÓGNITAS POR RESOLVER?

¹¹³ Cfr. KUHLEN, „Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)“, GA 1986, p. 402: „[d]ie skizzierte Rechtfertigung aus dem Problem der großen Zahl ist m.E. die einzige rationale Begründung, die sich für einen Kumulationstatbestand geben läßt“. Aunque más adelante reconoce que hay, por lo menos, dos objeciones de importancia. Primero, apunta, la justificación desde el problema de la gran escala tiene un núcleo de preventiva general. Sería posible que los opositores a una teoría general preventiva sobre la que se basa la construcción de los tipos acumulativos la rechacen aunque sea una forma necesaria –que no idónea– para solucionar el problema mencionado. Para Kuhlen esta objeción no es válida porque –entre otras argumentaciones– pesa sobre la humanidad el deber moral de mantener para las futuras generaciones el medio ambiente.

Una segunda objeción es que desde la justificación hecha, los tipos acumulativos son elementos que ayudan a mantener un interés general con el inconveniente de que restringen la libertad individual. Para Kuhlen, se trata de un interés que importa a todos los individuos (pp. 403-404).

Luego de esto, el autor se pregunta si en realidad deben crearse unos tipos como estos o existen otras formas menos graves para hacerle frente a los problemas expuestos (p. 404). Para responder estas cuestiones hace referencia a la moral y a las contravenciones [Ordnungswidrigkeiten]. Descarta ambas. La primera por llegar a una solución irreal, y la segunda porque no hay elementos claros que ayuden tampoco („Es gibt keine „positive qualitative Auszeichnung der Ordnungswidrigkeiten“, sondern nur einen randunscharfen Kernbereich, der dem Strafrecht nicht zugunsten des Ordnungswidrigkeitenrecht entzogen werden darf“).

¹¹⁴ Cfr. KUHLEN, GA 1986, p. 399. Sería posible, en su opinión distinguir entre tipos acumulativos de lesión y de peligro. En la práctica, según el autor, esta distinción carece de sentido.

¹¹⁵ Ejemplifica KUHLEN, GA 1986, esto sobre la base de la conducción en estado de ebriedad y la contaminación de aguas. Para el primer caso, si el conductor A se encuentra en estado de ebriedad, existe peligro independientemente de si B también lo está. En cambio, en la contaminación de aguas la situación es diferente. En este caso, con el comienzo de la conducta puede excluirse con seguridad que la contaminación al río Meno, por ejemplo, pueda ser perjudicial para las personas, los animales o las plantas (p. 399).

¹¹⁶ Aunque precisa que podría *en conjunto*, tratarse de conductas peligrosas si aumentan regularmente (KUHLEN, GA 1986, p. 400).

Ya puede resaltarse aquí cómo es que plantea una situación distinta: las conductas sancionadas por tipos de peligro abstracto son, por regla, peligrosas. En cambio, en los delitos de acumulación son, por regla, inocuas.

Que el Derecho penal se encarga de proteger bienes jurídicos –dejando de lado las discusiones sobre su definición¹¹⁷– no es un punto de partida pacífico pero es más o menos aceptado¹¹⁸. De ahí que nos sirva, hasta cierto grado, como referencia. Independientemente de si se trata –según la distinción mayoritaria– de bienes individuales o supraindividuales, el trasfondo es la puesta en marcha del sistema penal para proteger determinados intereses de la sociedad. Ahora bien, la actuación penal no puede efectuarse con base en inútiles preceptos tales como «quedan sancionadas con pena de prisión todas las conductas que causen un menoscabo en los bienes jurídico-penalmente relevantes». Es necesario contar con una estructura delictiva, o mejor, una forma de tipificación adecuada para llevar a cabo la intervención penal.

Dentro de los delitos de peligro la doctrina distingue *normalmente* dos clases: los de peligro abstracto y los de peligro concreto. Esta clasificación es ya motivo para, por lo menos, formular ciertas interrogantes, como qué se entiende por peligro abstracto y concreto. Además, preguntar por el contenido que la doctrina le atribuye a cada uno; y los límites frente a otras figuras que también adelantan la intervención penal.

No llama la atención que sobre esas cuestiones existan distintas opiniones. Sí, en cambio, que hasta el momento no haya una propuesta de solución satisfactoria. Como consecuencia, nos encontramos ante la «extendida impresión» de que el sello distintivo de los delitos de peligro es la flexibilidad llevada al extremo: sirven para todo. Con esto se renuncia –implícitamente– a la seguridad que ofrece el contar con una construcción teórica coherente sobre este grupo de delitos. Todo en aras de responder a un deseo de intervención penal que precisamente por la prisa y la falta de acuerdo sobre lo fundamental (definiciones, elementos, características y aplicación práctica) resultaría, en no pocos casos, un refuerzo simbólico o una aparente protección que dista mucho de lo que se busca.

La afirmación que se ha hecho podría calificarse como pesimista o, por lo menos, alarmista, si se observa que estas preocupaciones no son *aparentemente* compartidas por el legislador y que hoy por hoy doctrinalmente *parece* que se ha alcanzado un acuerdo sobre la estructura y funcionamiento de los delitos de peligro. Así pues, el incremento de esta clase de delitos en los códigos penales y, especialmente, el aumento de sentencias donde se sancionan conductas de peligro, son –desde esta otra perspectiva– indicativos claros de que «gozan de buena salud».

El gran número de hipótesis, esquemas y soluciones son muestras no sólo de la importancia práctica de los tipos que estudiamos, sino también de la preocupación de la doctrina por «revestirlos de ropajes jurídicos». Esto puede llevar a suponer o dar la impresión de que todo está dicho (los problemas constitucionales, la colisión con los principios del Derecho penal, los conceptos sobre el peligro, las sub-clasificaciones, la configuración interna...). Sin embargo, no podemos dejar de preguntarnos por qué siguen formando parte de los «asuntos aún por resolver»¹¹⁹ o, por qué un sector de la doctrina los

¹¹⁷ Sobre las que insiste STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, § 2/5 y ss., es como conseguir la cuadratura del círculo.

¹¹⁸ La presencia de figuras como los delitos de comportamiento [Verhaltensdelikte] rompe con esta situación. Estos tipos han empezado a cobrar atención especialmente en la doctrina alemana. Cfr. VON HIRSCH, „Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle““, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 24-25.

¹¹⁹ Es peculiar cómo desde Schröder en 1967, y su preocupación por la insuficiencia de las clasificaciones de los delitos de peligro, hasta tiempos más recientes a la doctrina le sigue interesando

ubica –generalmente– en esa área. ¿Acaso las cuestiones pendientes o problemas teóricos son sólo una ilusión o producto de un obsesivo y malsano deseo por «rizar el rizo»?

El aumento de los delitos de peligro en los cuerpos legislativos penales no es una muestra de buena salud, sino simplemente de que se los concibe como herramientas útiles para brindar protección¹²⁰. Pero incluso nos preguntamos por esa utilidad o, mejor, idoneidad. Ya hemos dicho en el primer párrafo que una formulación tan general no es útil. No basta con pretender la sanción de determinadas conductas. Detrás del precepto debe existir un contenido claro y además unos contornos determinados que permitan al juez y al fiscal poder fundamentar que la conducta es peligrosa¹²¹ y que se respeta, entre otros, los principios de legalidad y culpabilidad.

Hasta el día de hoy la doctrina encuentra problemas para abordar la figura del peligro. No por falta de una definición (usualmente «la probabilidad de producir una lesión»), sino porque pronto se encuentran con supuestos que requieren mayores precisiones, debido a que ese peligro «no se puede ver» (y se rechaza presumirlo) o, sencillamente, a que se pone en tela de juicio la relación bien jurídico-peligro. Todo esto afecta, a fin de cuentas, al concepto inicial, plantea (otra vez) «claroscuros» y demuestra que se avanza, pese a los continuos esfuerzos, sobre un iceberg.

La situación se agrava en una escala mayor cuando, sobre el concepto de peligro, se incluye como elemento decisivo para la sub-clasificación. Para un sector, por ejemplo, el peligro puede «existir» (delito de peligro concreto) o no (delito de peligro abstracto); mientras que para otro existe, pero en mayor (delito de peligro concreto) o menor (delito de peligro abstracto) grado.

En este contexto podemos observar que se asume que los delitos de peligro concreto¹²² son los menos problemáticos y que la atención debe recaer sobre los otros. Según vemos, sobre los primeros se ha logrado un (temprano) consenso sobre su definición y su configuración. Sobre los otros, en cambio, ha aparecido constantemente la sombra de la ilegitimidad. Además no son pocas las ocasiones en las que la doctrina no es capaz de aclarar por qué los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que «no hay peligro» (¿?), o en el mejor de los casos hay una presunción que ha establecido el legislador y por ello no consta en la redacción legal o, como suele afirmarse, no forma parte de los elementos del tipo.

el tema. Una breve pero orientativa exposición al respecto puede verse en KUHLEN, en *Límites al Derecho penal*, pp. 225 y ss.

¹²⁰ Algo que demuestra, según QUINTERO OLIVARES, «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTIN (coords.), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, p. 241, que son –con razón– fruto de la necesidad de nuestro tiempo. Y sobre esto, podemos resaltar, existe preocupación que va desde la protección al medio ambiente en los que aparecen como principales figuras los delitos de acumulación, hasta la defensa de sentimientos, convicciones o tabúes a través de los delitos de comportamiento.

¹²¹ Más allá de la discusión sobre su calificación como delito de peligro abstracto o concreto, resulta por lo menos inquietante que la configuración del peligro cambie, que a veces se presuma su existencia, pero se exijan a la vez ciertos elementos para demostrar su presencia.

¹²² No deja de ser llamativo que algunos autores renuncien a tratar los delitos de peligro concreto, porque en la configuración del Derecho penal moderno, son otros los protagonistas debido a la protección de bienes supraindividuales.

No sorprende, por todo lo anterior, que los trabajos tengan como centro de atención los delitos de peligro abstracto. No sólo para volver sobre los cuestionamientos usuales referidos a la definición del peligro y su legitimidad dentro el sistema penal, sino para construir sub-clasificaciones, tales como los delitos de peligrosidad concreta, preparatorios y de acumulación.

En el contexto de este desarrollo, se rechaza la sanción penal con base en presunciones de peligro o por mera desobediencia. No obstante, aquella regla sólo rige para los bienes jurídicos individuales. A los bienes jurídicos supraindividuales les corresponde –según un sector– un escenario más permisivo que sirva como válvula de escape (o cajón de sastre).

Pese a los intentos como los de Wohlers por ejemplo, no nos parece convincente establecer sub-clasificaciones con el pretexto de explicar qué ocurre en la realidad, si en verdad no se dan pautas de cómo debe hacerse, bajo qué criterios y hasta dónde. Sin responder a estas cuestiones no se llega muy lejos, y no faltan las oportunidades para generar mayor inseguridad jurídica. El paso del tiempo y la multiplicación de propuestas sólo acaba en la falta de consenso y de herramientas útiles que guíen la actividad judicial. Aún más, parece que todo el avance no es lineal, sino circular. Se descubre una pequeña porción de los delitos de peligro y se insiste en ella desde distintos ángulos, pero no se ha ido más allá.

El énfasis debe recaer no ya en un nivel externo, referido a la legitimidad, sino en uno interno, referido a su configuración, que suponga un desarrollo coherente con los puntos de partida reconocidos y atienda a la especial característica de estos delitos. De no ser así, el desarrollo teórico estará condenado –como ahora– al caos y al deseo de refundar todo de nuevo. Queda pues –respondiendo a la pregunta inicial– mucho por analizar, diversificar el campo de estudio y, especialmente, ahondar en las consecuencias.