

SEGURIDAD COLECTIVA Y PELIGRO ABSTRACTO. SOBRE LA NORMATIVIZACIÓN DEL PELIGRO

Bernardo Feijoo Sánchez

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.—III. ANÁLISIS CRÍTICO DE OTRAS PROPUESTAS DOGMÁTICAS: 1. *El peligro abstracto como presunción iuris tantum*. 2. *El peligro abstracto como «tentativa de delito imprudente» o como tipificación de una infracción del deber de cuidado sin resultado*. 3. *La seguridad como bien jurídico. La transformación de los delitos de peligro en delitos de lesión*.—IV. REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVIZACIÓN DEL PELIGRO ABSTRACTO.

I. Introducción

En la extensa obra de mi maestro Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO se pueden encontrar apuntadas con mucho adelanto gran parte de las cuestiones esenciales para la Ciencia del Derecho Penal que en la actualidad centran el debate dogmático y político-criminal. Es imposible por las limitaciones de una contribución de estas características dar cuenta de todas ellas. Por ello me centraré en una cita sacada de una monografía que sé que es especialmente querida para él. Hace ya casi cuarenta años RODRÍGUEZ MOURULLO en *La omisión de socorro* (1) hacía las siguientes reflexiones que no han perdido actualidad: «al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. La seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico».

En consonancia con esta idea el Código Penal de 1995 convirtió los anteriormente denominados delitos de riesgo en general en delitos contra la seguridad colectiva. Según la doctrina dominante (2) en este caso la seguridad queda constituida como un bien jurídico intermedio cuya legitimidad político-criminal reside en el referente individual. Es evidente a estas alturas que dejar la protección de bienes jurídicos básicos como la vida o la salud

(1) *La omisión de socorro*, Madrid, 1966, p. 148.

(2) *Vid.*, por todos, DOVAL PAIS, «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios, en Intereses difusos y derecho penal», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, pp. 42 y ss.; el mismo, *Delitos de Fraude Alimentario*, Pamplona, 1996, pp. 250 y ss.; MATA Y MARTÍN,

Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, 1997, pp. 21 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998, pp. 86 y ss., de acuerdo con DOVAL; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, pp. 200 y ss., 228, con abundantes referencias.

exclusivamente en manos de los delitos imprudentes de resultado resulta político-criminalmente insatisfactorio. La doctrina viene señalando como desde una perspectiva político-criminal los delitos imprudentes de resultado no dan mucho más de sí (3). Por ello el legislador ha decidido de forma expresa construir bienes jurídicos intermedios como la seguridad colectiva que consisten en el mantenimiento de la seguridad de bienes jurídicos individuales como un medio de protección de los mismos (4). El bien jurídico seguridad queda configurado dogmáticamente de esta manera como un bien jurídico colectivo con un referente individual (5). En este contexto normativo los delitos de peligro abstracto siguen encerrando grandes dificultades para la doctrina en la medida en la que ese referente individual queda más diluido en este tipo de infracciones. Sin embargo, estos delitos siguen teniendo una creciente presencia relevante en el Derecho positivo en la medida que los delitos de peligro concreto tampoco se están mostrando eficaces y vienen demostrando un rendimiento escaso (6). El propósito de este trabajo es profundizar en el punto de partida expuesto de RODRÍGUEZ MOURULLO y, de acuerdo con las modernas tendencias de normativización de la tipicidad, capitaneadas por la teoría de la imputación objetiva de la que RODRÍGUEZ MOURULLO como principal representante español de la teoría social de la acción es un precursor, ofrecer nuevos caminos para la fundamentación dogmática de los delitos de peligro abstracto. Estas nuevas vías de solución pretenden hacer frente a algunos problemas señalados recientemente por mi maestro (7) con respecto a aquellos delitos que «se dirigen a proteger bienes jurídicos supraindividuales, bienes que sólo de forma mediata pertenecen al individuo, y a sancionar formas más o menos lejanas de agresión de los intereses individuales fundamentales, resultará que lo que en muchos casos cabrá cuestionar es la lesividad del comportamiento castigado y la precisión de su descripción típica. Ambos riesgos para la seguridad jurídica y para la proporcionalidad de la reacción penal provendrán de la necesaria configuración de los delitos como delitos de peligro en ámbitos donde existe un amplio margen para el riesgo permitido y

(3) *Vid.*, por todos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia y otras, 2002, p. 168; JAKOBS, «La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de Derecho judicial*, 20. Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999, pp. 131 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 2001, p. 51 (variando ciertas formulaciones de la 1.^a ed., p. 35).

(4) ALASTUEY DOBON, *El delito de contaminación ambiental*, Granada, 2004, p. 88, refiriéndose a bienes jurídicos como la salud pública o la seguridad del tráfico; CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 56 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 99-6, pp. 1881 y s.; SOTO NAVARRO (nota 2), pp. 200 y ss.

(5) Se habla en estos casos de un bien jurídico colectivo impropio: HEFENDEHL (nota 3), pp. 382 y s.; el mismo, *GA*, 2002, p. 26; el mismo, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N. 4-14 (2002), p. 9; ROMEO CASABONA, «La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo», *LH al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 944 y s.; SOTO NAVARRO (nota 2), pp. 200 y ss., 228, 244, en la misma línea de HEFENDEHL.

(6) WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik, moderner Gefährdungsdelikte*, Berlín, 2000, pp. 285 y s.

(7) «El Derecho penal en el siglo XX», en *El Derecho español en el siglo XX*, Madrid, 2000, pp. 92 y s.

como delitos cuya descripción requiere necesariamente el recurso a la infracción de otros órdenes normativos».

Es evidente que desde una perspectiva preventiva el legislador opta por esta técnica de tipificación con el objetivo de proteger bienes jurídicos. Sin embargo, el problema de los delitos de peligro abstracto es más bien de naturaleza normativa: ¿Existe un injusto penal? Lo que se va a intentar afrontar en este trabajo es cuál debe ser el fundamento normativo de los delitos de peligro abstracto; es decir, señalar aquello que justifica la opción por no aplicar una sanción administrativa basada en la infracción de una norma que estadísticamente y desde una perspectiva general encierra una cierta peligrosidad sino por recurrir a una pena que representa la retribución de un injusto de especial gravedad (8). No se trata de plantearse la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como opción político-criminal, sino de cómo desde una perspectiva práctica de aplicación se pueden mantener estos modelos delictivos dentro de un ámbito o alcance típico razonable. Si la dogmática tradicional que concibe materialmente el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no ha podido dominar los delitos de peligro abstracto, es preciso analizar si un cambio de perspectiva a través de una teoría normativa de la tipicidad puede ofrecer alguna vía de solución a esta cuestión dogmática a la que hasta hoy en día se le han ofrecido multitud de soluciones, pero sin que ninguna de ellas resulte totalmente convincente.

Para comenzar es necesario señalar que entre los delitos de peligro abstracto contra la seguridad colectiva existen dos tipos de infracciones que deben ser diferenciadas:

— Unas que consisten en la protección de determinadas funciones de control y ordenación de ciertos materiales, sustancias o productos por parte de las Administraciones Públicas. Así, por ejemplo, tenemos entre los delitos contra la seguridad colectiva el artículo 345 CP referente a los materiales radiactivos o sustancias nucleares y los artículos 368 y ss. CP relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (9). En estos casos se castiga tanto la posesión como el tráfico ilegales o no autorizados debi-

(8) Dicho seguramente con carencia de imparcialidad creo que el mejor trabajo sobre la retribución en la doctrina española sigue siendo el de RODRÍGUEZ MOURULLO, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 65, pp. 765 y ss., influenciado por NOLL (vid. por diversos lugares *Die ethische Begründung der Strafe*, Tubinga, 1962, p. 22). No es casualidad que este autor austriaco se pueda entender como un precursor de una forma distinta de entender la prevención general para no descuidar los aspectos retributivos de la pena. De nuevo se puede apreciar cómo RODRÍGUEZ MOURULLO vislumbró muchos de los problemas que trein-

ta años después vienen centrando los debates doctrinales.

(9) Existe un sector doctrinal que siempre ha tenido esto claro: COBO DEL ROSAL, *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, pp. 163 y s. De acuerdo con este autor: CARBONELL MATEU, *La problemática de la droga en España*, Madrid, 1986, pp. 338 y s.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia, 1987, pp. 225 y s., 242. De forma más matizada: CORDOBA RODA, *Estudios penales y criminológicos IV (1981)*, p. 14. La teoría de la imputación objetiva, que ha desarrollado la idea

damente. Siendo evidente que el Derecho Penal protege estas funciones como condiciones de seguridad para los bienes jurídicos individuales, en estos casos la abstracción que presentan estas tipificaciones tiene que ver más con la técnica de protección que con el objeto de protección. Estos preceptos pretenden evitar que nadie reciba, utilice o posea ciertos materiales, sustancias o productos sin la debida autorización por parte de la Autoridad competente (10).

de que aunque se produzca un resultado como consecuencia del consumo ilegal no existe un injusto penal de resultado, ha dejado más en evidencia que no se pueden fundamentar estos delitos mediante una referencia a la protección de bienes jurídicos individuales, al menos cuando existe una situación de autorresponsabilidad (*vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 97-2, p. 2006 y STS de 22 de febrero de 1993 —Pte. Bacigalupo Zapater—).

Críticos con esta posición: DÍEZ RIPOLLES, *ADP*, 87, pp. 347 y ss.; REY HUIDOBRO, *Comentarios a la Legislación Penal XII*, Madrid, 1990, p. 54. De todas maneras, desde el punto de vista material, la definición de las competencias estatales como bienes jurídicos o como instrumentos que sirven para proteger la salud pública como hacen estos últimos autores es más una cuestión de matiz que una diferencia esencial entre ambas posiciones.

(10) Desde el punto de vista de los fines político-criminales (lo cual tiene que ver con su legitimidad) estos delitos, así como otros delitos de tenencia ilícita, se podrían definir tanto como delitos contra la seguridad como delitos de protección de funciones estatales ya que se protege directamente la competencia de ordenación y control de la Administración con respecto a materiales, sustancias y productos susceptibles de ser usados para producir muertes o lesiones y que, por ello, no pueden circular sin control en una sociedad mínimamente organizada. Si bien esta competencia es una condición de seguridad que sirve para proteger bienes jurídicos individuales, como demuestra el trabajo de NESTLER sobre el principio de protección de bienes jurídicos con respecto a la punición de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes [en *Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra* (ed. española), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 63 y ss.], buscar la legitimidad directamente en los bienes jurídicos individuales hace que sea

imposible fundamentar la existencia de un injusto penal por el grado de adelantamiento de la protección. Si el tráfico o la posesión para el tráfico de bienes peligrosos como la gasolina, los cuchillos o los coches no generan sin más responsabilidad penal es porque en esos casos no existen unas competencias de control tan férreas de ese tipo de objetos o sustancias por parte del Estado que deban ser protegidas en beneficio de intereses individuales. El injusto de estos delitos no consiste en que la concreta tenencia de armas o la concreta venta de droga suponga una organización que afecta a un ámbito de organización individual sino a un ámbito de organización estatal con determinados fines tuitivos de cara a los ciudadanos. Sin embargo, este fin tuitivo no legitima la punición cuando se trata de tenencia para el autoconsumo como correctamente reconoce nuestra legislación en materia de tráfico de drogas. Lo dicho aquí justificaría dogmáticamente también las limitaciones o restricciones del alcance del tipo que realiza la Jurisprudencia en materia de autoconsumo colectivo o compartido y de donación por motivos piadosos o finalidades altruistas o compasivas, siempre que se dé el requisito de que esté excluido que las sustancias lleguen a terceras personas [*vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1014 y ss., con referencia a una Jurisprudencia ya consolidada; recientemente STS de 28 de junio de 2004 —Pte. Granados Pérez— y de 5 de abril de 2004 —Pte. Andrés Ibáñez— en donaciones a cónyuges para aliviar el síndrome de abstinencia y STS de 12 de julio de 2004 —Pte. Colmenero Menéndez de Luarda—, que absuelve por la posesión de 159 pastillas de MDMA por parte de un grupo de amigos]. En general sobre esta problemática de los delitos de tenencia: FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, Stree/Wessels-FS, Heidelberg, 1993, p. 95, con ulteriores referencias, con respecto a los delitos relacionados con drogas y sustancias

— Otras infracciones son propiamente delitos de peligro común para bienes jurídicos como la vida o la salud (11). No se trata propiamente de la protección de una especie de derecho individual a la seguridad, sino de una técnica de protección distinta a los delitos de resultado con la que se configura un injusto distinto a éstos. En este trabajo se pretende profundizar dogmáticamente sobre el fundamento de estas modalidades particulares de tipo de injusto. El análisis dogmático frente al dominante análisis político-criminal en esta materia permite buscar una aplicación razonable de estos delitos que posibilite una intervención legítima del Derecho Penal, restringir el alcance práctico de los tipos a ámbitos en los que todavía sea posible hablar de una intervención de esas características y, por último, permite una crítica político-criminal individualizada y no apresurada de aquellas figuras delictivas que pervierten el sentido jurídico-penal que tienen los delitos de peligro abstracto.

II. Sobre el concepto de delito de peligro abstracto

En los delitos de peligro abstracto la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas.

similares; JAKOBS, *ZStW* 97, pp. 769 y ss.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín, 1991, 6/86 a; el mismo, *RPDJ*, 2000 (N. 1), pp. 163 y s., al que sigue WÖHLERS (nota 6), pp. 304, 328 y ss., especialmente pp. 336 y s.; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübinga, 1996, pp. 254 y ss. (§ 11), 442, 534, cuestionando la legitimidad y constitucionalidad del castigo mediante penas de tenencias de determinados objetos o sustancias sin finalidad específica que deberían ser materias exclusivas según este autor del Derecho de policía.

No muy alejada de esta idea se encuentra la creación de una categoría de delitos con objeto plural inequívocamente ilícito por parte de GIMBERNAT ORDEIG desde 1991 [*vid.* por diversos lugares *Estudios penales y criminológicos XV* (1990-91), pp. 101 y ss., con más referencias a su propia obra], que ha sido asumida en nuestra doctrina por GRACIA MARTÍN, *AP*, 94, pp. 355 y s. y *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica*

del discurso de resistencia, Valencia, 2003, p. 93, con nota 136, con más referencias a su propia obra. Esta categoría que intenta unificar delitos como la fabricación o importación de moneda falsa, elaboración de drogas, contrabando o delitos contra la propiedad intelectual tiene más bien un carácter fenomenológico y expositivo. En el texto se ha intentado buscar una fundamentación normativa para determinados delitos de tenencia como delitos de peligro abstracto. Lo mismo se puede decir de la categoría propuesta por CUESTA PASTOR de delitos obstáculo (*Delitos obstáculo*, Granada, 2002, pp. 219 y ss., 276 y ss. y *passim*) en la línea de MANTOVANI, que se referiría a tipificaciones de conductas que sirven como «premisa idónea» para que se produzca otra conducta delictiva que es la que realmente se trata de evitar o la que constituye un injusto (pp. 87, 116 y *passim*).

(11) Excepcionalmente en algún caso para el medio ambiente como sucede con la Sección Tercera del Capítulo Primero del Título XVII (arts. 348 a 350) o para los bienes (art. 341). Estas referencias excepcionales resultan distorsionantes y en algunos casos plantean problemas concursales absurdos.

Desde una perspectiva político-criminal y dogmática esta opción plantea menos problemas cuando se opta por una menor abstracción utilizando como técnica los denominados delitos de peligro abstracto-concreto (SCHRÖDER) (12). En estos casos no se exige constatar *ex post* una situación de peligro concreto como resultado de peligro sino sólo que la conducta tipificada encierre una idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño o que se constate que supera ciertos niveles de permisión de riesgos. Estos delitos han recibido denominaciones de lo más diverso que, en esencia, designan la misma técnica legislativa con más o menos matices: delitos de aptitud o de idoneidad [ESCRIBA GREGORI (13), HOYER (14)], delitos de peligro posible o hipotético [TORIO LÓPEZ (15) con un término que ha sido amplia-

(12) *JZ* 67, pp. 522 y ss. y *ZStW* 81, pp. 18 y ss. Sobre esta modalidad de delitos de peligro: BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, Munich, 1986, pp. 58 y ss.; BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, Tubinga, 1973, pp. 21 y ss.; DOVAL PAIS (*Estructura*, nota 2), pp. 52 y ss.; el mismo (*Delitos de fraude alimentario*, nota 2), pp. 339 y ss.; GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, Heinitz-FS, Berlín, 1972, pp. 171 y ss., en sentido crítico; GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, pp. 44 y ss.; HORN, SK, antes de 306/3, 18; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, pp. 409 y ss.; SCHMIDT, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährungsdelikte*, Marburgo, 1999, p. 9; SCHROEDER, Beiheft zur, *ZStW*, 94, p. 4; SCHÜNE-MANN, *JA*, 75, p. 793; ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, Berlín, 1998, pp. 162 y ss.

Esta denominación ha sido utilizada por nuestro Tribunal Supremo: *vid.* por diversas sentencias SSTS de 22 de febrero de 1993 (Pte. Bacigalupo Zapater); 4 de octubre de 1999 (Pte. Granados Pérez), que equipara el peligro hipotético a peligro abstracto-concreto o potencial; 20 de enero de 2001 (Pte. Martín Canivell), que también equipara el peligro hipotético a peligro abstracto-concreto o potencial; 1 de abril de 2003 (Pte. Conde-Pumpido Tourón); 7 de octubre de 2003 (Pte. Conde-Pumpido Tourón).

(13) La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976, pp. 31, 130 y s. A partir del trabajo de este autor en la doctrina española se ha extendido esta denominación. *Vid.*, por ejemplo, recientemente, el análisis de ALASTUEY

DOBON (nota 4), pp. 109 y ss. sobre esta modalidad delictiva.

(14) *Die Eignungsdelikte*, Berlín, 1987, *passim* y *JA*, 90, pp. 183 y ss. *Vid.* también BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Bielefeld, 1995, 8/44; FRISCH (nota 10), p. 93; HORN, SK, antes de 306/18; GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlín, 1991, pp. 116 y ss.; HEFENDEHL (nota 3), pp. 159 y ss., 164 y ss.; JAKOBS (nota 10), 6/87; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlín, 1985, pp. 279 y s., 285 y s.; el mismo, *GA* 89, pp. 68 y s.; MENDOZA BUERGO, *AP* 2002-1, pp. 317 y ss., aunque prefiera denominarlos como HIRSCH delitos de peligrosidad concreta; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, pp. 98 y s.; WOHLERS (nota 6), pp. 297 y ss.

(15) *ADP*, 81, pp. 825 y ss., que los define (p. 828) como una modalidad de delitos de peligro abstracto «en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito» y que ejemplifica en pp. 838 y ss. Esta definición se ve ampliada al final de este artículo (p. 846), al aclarar TORIO que «lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipó-

mente adoptado por un sector de la doctrina española (16) y por nuestra Jurisprudencia (17)], delitos de peligrosidad concreta —distintos de los delitos de peligro concreto— [HIRSCH (18) y WOHLERS (19), estableciendo ambos el parentesco con los delitos de aptitud], delitos de peligro potencial [ZIESCHANG que, desarrollando la línea de su maestro HIRSCH, divide estos delitos entre conductas de peligrosidad concreta y delitos de peligro potencial (20)],

tesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo».

(16) *Vid.*, por todos, ALASTUEY DOBON (nota 4), p. 108, con ulteriores referencias; MORALES PRATS, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pp. 488, 490 y ss., con ulteriores referencias; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE, 15.^a ed., Valencia, 2004, p. 602.

(17) *Vid.* ya la STS de 12 de noviembre de 1985 (Pte. Rodríguez López), que los define como delitos en los que «es necesaria, aunque también suficiente la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido; la imposibilidad de la producción del peligro excluye la tipicidad».

Con respecto al artículo 325 CP como delito de peligro hipotético: SSTS de 1 de abril de 2003 (Pte. Conde-Pumpido-Tourón); 17 de mayo de 2003 (Pte. Soriano Soriano); 24 de mayo de 2003 (Pte. Martín Pallín); 25 de mayo de 2004 (Pte. García Ancos); 24 de junio de 2004 (Pte. Colmenero Menéndez de Luarda).

Con respecto al artículo 364 CP: SSTS de 4 de octubre de 1999 (Pte. Granados Pérez), que equipara el peligro hipotético a peligro abstracto-concreto o potencial; 20 de enero de 2001 (Pte. Martín Canivell), que también equipara el peligro hipotético a peligro abstracto-concreto o potencial; 11 de junio de 2001 (Pte. Conde-Pumpido Tourón), definiendo los delitos de peligro hipotético como una modalidad de peligro abstracto.

Con respecto a otras figuras delictivas: SSTS de 14 de julio de 2000 (Pte. Puerta Luis); 7 de octubre de 2003 (Pte. Conde-Pumpido Tourón), en este caso califican-

do, de forma desafortunada en mi opinión, el artículo 351 CP como un delito de peligro hipotético y no como un delito de peligro concreto.

Las citadas sentencias de 1 de abril y 7 de octubre de 2003 del mismo ponente consideran que «en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro».

(18) «Gefahr und Gefährlichkeit», en *Strafgerichtigkeit*, Arthur Kaufmann-FS, Heidelberg, 1993, pp. 557 y ss.; el mismo, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Neue Strafrechtswicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Colonia, 1995, pp. 19 y ss. Según HIRSCH en estos delitos la peligrosidad de la acción se determina —siempre desde una perspectiva objetiva *ex ante*— de forma concreta a diferencia de lo que sucede con los denominados delitos de peligrosidad abstracta en los que la peligrosidad de la acción es estadística.

(19) (Nota 6), pp. 309, 311 y ss., en la línea de HIRSCH según reconoce expresamente, y definiendo estos delitos como hechos típicos en los que no existe puesta en peligro concreta o lesión porque no ha entrado en el ámbito de intervención del autor objeto material alguno. Sigue a este autor GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal económico*, Lima, 2003, pp. 441 y s.

(20) (Nota 12), pp. 52 y ss., 158 y ss., 346 y ss. Con una extensa exposición este autor define los delitos de peligro potencial como una fase previa o estadio previo al resultado de peligro concreto que consiste en la posibilidad cercana de la producción de un daño (p. 76). ZIESCHANG clasifica los delitos de peligro en cuatro categorías: a) delitos de

delitos de acción peligrosa [ROMEO CASABONA (21)], etc. Lo que resulta más discutido para la doctrina en relación a estos tipos delictivos es si siguen debiendo considerarse como delitos de peligro abstracto (en esta línea la doctrina dominante: ALASTUEY DOBON, BERZ, CEREZO MIR, CRAMER, GALLAS como promotor de esta posición dominante, HORN, JESCHECK, MENDOZA BUERGO, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, SCHMIDT, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, TORIO LÓPEZ) o como una nueva categoría delictiva dentro de los delitos de peligro (22). Con independencia de esta disputa doctrinal es preciso diferenciar dogmáticamente estos delitos de otras modalidades de peligro. Definir una infracción como de peligro abstracto en sentido estricto, de peligro abstracto-concreto o de peligro concreto no sólo es una cuestión de erudición teórica sino que tiene importantísimas consecuencias prácticas como se puede ir apreciando en nuestra Jurisprudencia cuando opta por definir cualquier delito de acuerdo con alguna de estas denominaciones.

Los legisladores europeos hacen cada vez más uso de esta técnica y esta tendencia debe ser valorada de forma positiva ya que esta variante de los delitos de peligro presenta muchos puntos de interés para una mayor eficacia y legitimidad de la intervención del Derecho Penal (23). Esta moda-

peligro abstracto o de peligrosidad abstracta, b) delitos de peligrosidad concreta, c) delitos de peligro potencial, y d) delitos de peligro concreto. Las dos categorías intermedias suelen ser tratadas por la doctrina dominante de forma unitaria. La propuesta político-criminal más relevante de la obra de ZIESCHANG, continuando un camino abierto por su maestro HIRSCH, consiste en eliminar lo que denomina delitos de peligrosidad abstracta del Derecho Penal (pp. 380 y ss.).

ALASTUEY DOBON (nota 4), p. 113, nota 366, comparte esta clasificación cuatripartita de ZIESCHANG, sólo que cambiando la terminología: a lo que ZIESCHANG denomina delitos de peligrosidad abstracta los denomina delitos de peligro abstracto puros, a los delitos que ZIESCHANG denomina delitos de peligrosidad concreta los denomina delitos de aptitud para la producción de un daño de simple actividad y a los delitos que ZIESCHANG denomina delitos de peligro potencial los denomina delitos de aptitud para la producción de un daño de resultado material. Se echa de menos, sin embargo, en la obra de la autora española una clasificación de los delitos de peligro del Código Penal español de acuerdo con esta clasificación al igual que ZIESCHANG se ha esforzado en hacer con la legislación alemana. Sobre todo cuando esta autora afirma que «los delitos de peligrosidad concreta y los delitos de peligro potencial son clases de delitos de peligro abstracto».

(21) *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 92; el mismo (nota 5), pp. 943, con nota 5, 949 y s. Este autor denomina los delitos de peligro abstracto puros como delitos de peligrosidad.

(22) *Vid.*, por todos, sobre esta discusión, con ulteriores referencias: ALASTUEY DOBON (nota 4), p. 110; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Madrid, 1998, p. 112; el mismo, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 48 y s.; DOVAL PAIS (*Estructura*, nota 2), pp. 53 y s.; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 38 y ss.; la misma, *AP*, 2002-1, pp. 318 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 19; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Munich, 1997, 11/135; SCHMIDT (nota 12), p. 9; WANDRES, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlín, 2000, pp. 225 y ss., de acuerdo con GALLAS; WOHLERS (nota 6), pp. 297 y s.; WOLTER, *JuS*, 78, p. 754; ZIESCHANG (nota 12), pp. 164 y ss.

(23) *Vid.*, por todos, CEREZO MIR (nota 22), p. 116; el mismo, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 71 y s., sobre la evolución del Derecho penal español; FRISCH (nota 10), p. 93; ROMEO CASABONA (nota 5), p. 962; ROXIN (nota 22), 11/129; SCHÜNEMANN, «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», en *Dieter Meurer-GS*, Berlín, 2002, p. 58; STÄCHELIN

lidad delictiva vence ciertos problemas de eficacia de los delitos de peligro concreto al tiempo que supera los problemas de legitimidad de lo que podríamos denominar «delitos puros de peligro abstracto» o delitos de peligro abstracto en sentido estricto a los que me referiré a continuación. Con la técnica de los delitos de peligro abstracto-concreto (de peligro hipotético, de idoneidad, de adecuación, etc.) se consigue enriquecer materialmente los delitos de peligro abstracto y establecer ciertos filtros valorativos relacionados con la protección de bienes jurídicos que la doctrina ha buscado mediante diversos modelos de interpretación para limitar a un alcance político-criminal satisfactorio los delitos de peligro abstracto (24). La exigencia de idoneidad deja más clara la diferenciación entre el injusto específicamente penal y el administrativo. Sin embargo, estos delitos tampoco presentan un perfil uniforme ya que la graduación del peligro puede ser de lo más variado, exigiendo cada tipo penal una mayor abstracción (sin llegar a ser completa) o concreción de la peligrosidad de la conducta peligrosa en cada caso (25).

Si bien es cierto que desde un punto de vista dogmático no sólo se pueden constituir como delitos de peligro abstracto-concreto aquellos delitos de peligro en los que el tipo contempla expresamente cláusulas de idoneidad o aptitud para lesionar, éste ya es un problema interpretativo de la parte especial que no se puede resolver de forma genérica y simplificadora convirtiendo todos los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro abstracto-concreto. No se puede decir que delitos que abstraen al máximo la peligrosidad en realidad no lo hacen si no existen razones normativas para dicha afirmación, con independencia de que se mantenga una teoría objetiva del injusto o se asuman los postulados básicos de la teoría de la imputación objetiva. El juez está vinculado a una interpretación posible del tenor literal de la ley y no siempre se puede llegar a la conclusión de que todo delito de peligro es como mínimo un delito de peligro abstracto-concreto o no es un delito puro de peligro abstracto (26). Hay ocasiones en que ello

(nota 14), pp. 98 y s.; TORIO LÓPEZ, *ADP*, 81, pp. 825 y ss.

(24) FRISCH (nota 10), p. 93; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 414 y s.

(25) ZIESCHANG, *vid. supra* nota 20, diría más bien que en unos casos se debe hablar de peligrosidad concreta de la acción y en otros de un resultado de peligro potencial.

(26) En el sentido del texto en la doctrina alemana HOYER (nota 14), p. 41 y KIND-HÄUSER (*vid. infra* nota 45). En la doctrina española destaca CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 70 y s., en sus críticas a las propuestas en nuestra doctrina de ESCRIBA GREGORI, MENDOZA BUERGO (*vid. infra* nota 58) y TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», en *El Nuevo derecho Penal Español*, Pamplona, 2001, pp. 798 y ss.

CEREZO considera que estos autores mezclan las perspectivas *de lege ferenda* y *de lege data*. Muestra su acuerdo con CEREZO, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español*, PG, 3.^a ed., Madrid, 2002, pp. 523 y s. En sentido contrario, muestra su desacuerdo con su maestro CEREZO, ROMEO CASABONA (nota 5), p. 951, con nota 29, considerando que «los delitos de peligrosidad (o de peligro abstracto) y los de acción peligrosa (o de peligro abstracto-concreto) han quedado equiparados en su contenido de injusto (desvalor de la acción) desde la entrada en vigor del CP de 1995; los segundos directamente desde su propia configuración típica en la Parte Especial; y los primeros a partir de una regla general extraída de la Parte General, que les resulta indefectiblemente aplicable». Res-

supondría una interpretación *contra legem* aunque vaya a favor del reo. En el Derecho vigente existen delitos de peligro abstracto al lado de los de peligro abstracto-concreto (o como se quieran denominar) y concreto. Desde un punto de vista dogmático una visión sistemática del Título de los delitos contra la seguridad colectiva nos impide llegar a una conclusión tan fácil. Si las normas establecen diferencias en los niveles de peligro —aunque quizás el legislador no sea consciente de ellas— no se pueden interpretar y aplicar los delitos como si esas diferencias no existieran. No es lo mismo realizar en un río un vertido de sustancias que de acuerdo con la experiencia general sean peligrosas para la salud que realizar en un río un vertido que puede poner en peligro a las personas que consuman el agua. En el primer caso la peligrosidad o idoneidad para lesionar se predica de la sustancia, por lo cual puede que en el caso concreto por diversas circunstancias el vertido no sea peligroso para la salud de los que consumen el agua, mientras en el segundo caso se exige la idoneidad del vertido para afectar a la salud de los potenciales consumidores. Tampoco es lo mismo castigar el abandono de una jeringuilla en cualquier supuesto (art. 630 CP) que castigar el abandono de otros instrumentos peligrosos sólo cuando por el modo de hacerlo o por las circunstancias se pudiera causar daño a las personas o contagiar enfermedades (art. 630 CP).

En este sentido no se puede aceptar como válida en general la propuesta

ponden a las objeciones de CEREZO, MENDOZA BUERGO, *RDPC*, N. 9 (2002), p. 67 y TERRADILLOS BASOCO (nota 26), p. 802, aunque de forma poco convincente ya que demuestran que las objeciones de CEREZO son ciertas: se quiere convertir a todos los delitos de peligro abstracto en delitos de aptitud. Mientras TERRADILLOS lo ha hecho coherentemente (incluso proponiéndose sustituir directamente en pp. 802 y ss. la denominación de peligro abstracto por la de peligro hipotético de TORIO y negando la posibilidad de existencia de categorías intermedias entre los delitos de peligro abstracto y peligro concreto), resulta llamativo en el caso de MENDOZA BUERGO que, además, se propugne (adecuadamente) como perspectiva *de lege ferenda* «la configuración legislativa de los tipos de peligro abstracto como delitos de aptitud o idoneidad, o de peligrosidad concreta» (*RDPC*, N. 9 —2002—, pp. 71 y s.). Si desde una perspectiva dogmática y *de lege data* son materialmente delitos de idoneidad o aptitud, ¿Por qué pedir su conversión en delitos de idoneidad o aptitud? Por otro lado, si como afirma correctamente en otro trabajo MENDOZA BUERGO, *AP*, 2002-1, p. 303, aunque en los delitos contra el medio ambiente «el paradigma de la elección suele ser el de

los delitos de peligro abstracto, el legislador español de 1995 ha preferido no recurrir al modelo “puro” de peligro abstracto, y dar entrada a tipos que demandan que la conducta típica sea capaz de afectar, aun potencialmente, al objeto de tutela, exigiendo el tipo básico que la provocación o realización de las emisiones, vertidos, etc. “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” o, en su caso, la salud de las personas. La inclusión de tal exigencia parece, en principio, permitir reputar tal delito —dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto “lato sensu”— entre los llamados delitos de aptitud o idoneidad —o, conforme a la denominación propia de la doctrina española, delitos de peligro hipotético—, en la medida que no requiere la constatación de la producción de una situación de efectivo peligro concreto, pero tampoco se conforma con la mera realización de una conducta sólo presuntamente o generalmente peligrosa». Si ello es así, dogmáticamente hay que desarrollar una teoría sobre esos delitos que dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto no se pueden definir como los delitos de aptitud, idoneidad o de peligro hipotético que ya han sido tratados en este trabajo.

de algunos autores (27) de que el hecho tenga alguna relación con una situación de peligro concreto (probabilidad de peligro concreto o peligrosidad potencial) que viene a introducir como exigencia típica la idoneidad lesiva de la conducta. Lo que caracteriza a estos autores es que en vez de exigirse una idoneidad para el resultado lesivo se exige una idoneidad para crear un resultado de peligro concreto. Sin embargo, dicha relación con una situación de peligro concreto sería una exigencia típica no siempre presente en el tipo penal y que carece de relación con la configuración de los delitos de peligro abstracto como categoría dogmática general.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, los delitos que plantean más problemas dogmáticos son, pues, aquellos en los que el tipo parte de una abstracción máxima, no exigiendo de forma implícita o explícita ninguna constatación de su peligrosidad o de su idoneidad para lesionar en el caso concreto. La conducta es descrita como peligrosa *ex re* o *per se* porque es general o estadísticamente adecuada para producir lesiones. Esa peligrosidad general o estadística es, precisamente, el fundamento del injusto (28). La cons-

(27) *Vid.*, por todos, CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, Tubinga, 1962, pp. 50 y ss. y GALLAS (nota 12), p. 180. En profundidad sobre la discusión de esta propuesta: CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 67 y s.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, pp. 25 y ss., 47, en sentido crítico; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 202 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 47 y ss.; WOHLERS (nota 6), pp. 288 y s., en sentido crítico; ZIESCHANG (nota 12), pp. 22 y ss., 71 y ss., en sentido crítico.

(28) *Vid.*, por todos, CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 47 y ss.; CUESTA PASTOR (nota 10), pp. 71, 75 y s.; DOVAL PAIS (*Delitos de Fraude Alimentario*, nota 2), pp. 330 y s.; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 44 y s.; el mismo (nota 3), pp. 123 y s.; MATA Y MARTÍN (nota 2), p. 53; MENDOZA BUERGO, *AP*, 2002-1, p. 314, señalando cómo ésta es la opinión doctrinal más extendida en la actualidad; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 238 y ss., con amplias referencias; ROMEO CASABONA (nota 5), p. 950; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1999, pp. 53 y ss., defendiendo esta técnica legislativa y proponiendo la creación de un delito de peligro abstracto entre los incendios; WOHLERS (nota 6), pp. 305 y ss.; STS de 17 de noviembre de 1997 (Pte. Bacigalu-

po Zapater) y 4 de octubre de 1999 (Pte. Granados Pérez). Una exposición de la situación doctrinal alemana y una recopilación completa de los autores alemanes que han venido sustentando esta posición dominante se puede encontrar tanto en GRAUL (nota 14), pp. 144 y ss. como en SCHMIDT (nota 12), pp. 22 y ss.

En sentido contrario, coherentemente, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989, pp. 229 y ss., que considera que estos delitos tienen un injusto propio que no está en relación a bienes jurídicos individuales. Comparte las críticas de este autor SCHMIDT (nota 12), pp. 28 y ss.

El tipo de injusto de estos delitos no siempre ha sido fundamentado de esta manera. Las afirmaciones vertidas en el texto suponen, pues, ya el rechazo de determinados modelos de fundamentación dogmática de los delitos de peligro abstracto. En la doctrina española la otra gran línea de fundamentación de estos delitos (aunque a veces aparezcan ambas líneas mezcladas en algunos autores) ha sido la teoría de la presunción entendida como presunción *iuris et de iure* que, por influencia de la doctrina italiana (ANTOLISEI), fue dominante en su tiempo en la doctrina española y que caracterizó la posición de una generación de penalistas [BERISTAIN, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 69, pp. 456 y s.; el mismo, *RDCirc*, 70, p. 545; CÓRDOBA RODA, *Revue Internationale de Droit Penal*, N. 40 (1969), p. 359; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota

1), pp. 169 y s.; el mismo, *Derecho penal, PG*, Madrid, 1978, pp. 279 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, PG*, 3.^a ed., Madrid, 1986, p. 176; el mismo, *AJA* N. 574 (2003), p. 2]. En estos momentos es evidente que ha dejado de serlo y creo que con buenas razones. La doctrina española más moderna ha rechazado con argumentos contundentes esta tesis tradicional de la doctrina española que tiene su origen en la doctrina italiana del delito de peligro abstracto como delito de peligro presunto en la medida en la que esta idea implica que el fundamento del injusto de los delitos de peligro abstracto reside en que el legislador establece una presunción *iuris et de iure* y ello resulta incompatible con el derecho reconocido constitucionalmente a la presunción de inocencia (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9): *vid.*, por todos, CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), p. 67; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 34, 37 y s. («este planteamiento no puede ser aceptado por cuanto, este entendimiento del peligro como presunto, implica que se castigaría también en los casos en los que el peligro se hubiera excluido y donde faltaría la antijuridicidad material entendida como lesividad»); GARCÍA RIVAS (nota 12), pp. 93 y ss.; MENDOZA BUERGO (nota 12), p. 340. Más referencias en DOVAL PAIS (*Delitos de Fraude Alimentario*, nota 2), p. 334. Es evidente que los bienes jurídicos no necesitan ser protegidos frente a conductas que presumiblemente pueden afectarles. Este tipo de fundamentaciones confunden el establecimiento de presunciones en la ley con los motivos que han conducido al legislador a tipificar una conducta (*vid.*, por todos, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 131 y ss.). Cabe destacar sólo a estas alturas de la evolución dogmática dominante sobre los delitos de peligro abstracto que no es preciso profundizar en esta cuestión ya que la doctrina española se ha visto finalmente más influenciada por la doctrina alemana que por la doctrina italiana con respecto al fundamento y límites interpretativos de estos delitos, y por ello, como se verá, la discusión relevante se encuentra dominada por la literatura alemana. De esa manera la tesis dominante de los delitos de peligro abstracto

como delitos de peligro presunto ha pasado a ser actualmente una teoría minoritaria y casi en vías de extinción en la doctrina española y este tipo de discusiones de partida creo que se pueden entender como superadas. No veo razones para que sea de otra manera, aunque la teoría del peligro presunto siga siendo la otra gran línea de definición dogmática de los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, en este punto la influencia original de la doctrina italiana ha quedado borrada por la de la doctrina alemana. En la literatura española más reciente el término peligro presunto se utiliza en la mayoría de las ocasiones más que como un concepto dogmático como un concepto político-criminal con el que se pretenden criticar tipificaciones que se entienden como ilegítimas.

Sobre los autores alemanes que han defendido también este tipo de concepciones del peligro abstracto como peligro presunto, GRAUL (nota 14), pp. 157 y ss., MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 68 y ss. y SCHMIDT (nota 12), pp. 35 y ss. Sobre los autores italianos que han defendido la diferenciación peligro presunto/peligro efectivo como esencial para los delitos de peligro *vid.* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, p. 101. Como señalara BARBERO SANTOS, *ADP*, 73, p. 492, a principios de los años setenta ya se trataba de una posición absolutamente minoritaria en la doctrina italiana, pudiendo predicarse lo mismo de la doctrina alemana donde esta teoría nunca alcanzó una posición dominante.

Cuando el TS en su Jurisprudencia más reciente reflexiona sobre la naturaleza del peligro de un determinado tipo penal considera que «la Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto» (STS de 24 de febrero de 2003, Pte. Granados Pérez, con respecto al delito del art. 325 CP). *Vid.* también SSTs de 25 de octubre de 2002 (Pte. Sánchez Melgar); 1 de abril de 2003 (Pte. Conde-Pumpido Tourón); 17 de mayo de

tatación individualizada de la peligrosidad en relación a bienes jurídicos individuales no es un requisito típico. Por eso suele señalar la doctrina —en mi opinión erróneamente— que en estos delitos el peligro sólo opera como motivo del legislador para la tipificación de determinadas conductas. Lo importante, en realidad, es que el peligro real que pueda o no encerrar la

2003 (Pte. Soriano Soriano); 24 de octubre de 2003 (Pte. Sánchez Melgar); 25 de mayo de 2004 (Pte. García Ancos); 24 de junio de 2004 (Pte. Colmenero Menéndez de Lúcar), sobre la relevancia que tiene desde el punto de vista del alcance del tipo la definición del artículo 325 CP como un delito de peligro abstracto o hipotético y no como un delito de peligro concreto. Este precepto se ha convertido en un ejemplo paradigmático de la relevancia dogmática y práctica de la naturaleza típica del peligro. Como se puede apreciar, el Tribunal Supremo en delitos en los que como en el artículo 325 CP es decisiva la naturaleza del peligro típico viene optando claramente por la dicotomía peligro abstracto-peligro concreto y no por la de peligro presunto-peligro efectivo. En el marco de los delitos contra la seguridad colectiva el alcance del artículo 351 CP (incendios) también se ve condicionado por su cualificación como abstracto o concreto, sobre lo que no existe unanimidad en la jurisprudencia reciente: *vid.* SSTS de 31 de octubre de 1998 (Pte. Jiménez Villarejo), 13 de marzo de 2000 (Pte. Saavedra Ruiz) y 18 de julio de 2000 (Pte. Martínez Arrieta), todas ellas sobre el artículo 351 como delito de peligro abstracto muy condicionadas por la doctrina jurisprudencial previa a 1995, frente a las más recientes SSTS de 18 de febrero de 2003 (Pte. Saavedra Ruiz); 16 de septiembre de 2002 y 20 de noviembre de 2002 (de ambas Pte. Granados Pérez), sobre el artículo 351 como delito de peligro concreto.

Cabe destacar desde una perspectiva sistemática, que este tipo de teorías que parten de la distinción peligro presunto/peligro efectivo suelen ser sustentadas por autores que mantiene una concepción del injusto orientada causalmente. Por ello los delitos de peligro abstracto se explican teóricamente como tipificación de la presunción legal del inicio de un proceso causal lesivo para evitar problemas de prueba. Desde una perspectiva clásica o neoclásica no existe un peligro efectivo, por lo que coherentemente se afirma la presunción del peligro como

consecuencia de la acción. Sin embargo, el problema de las relaciones estadísticas es que en muchos casos no se puede predicar esas características de una acción concreta, y con ello entramos en la cuestión de los problemas de legitimidad que tienen todas aquellas normas penales que no tienen otro fin que superar problemas de prueba. Dogmáticamente no resulta aceptable fundamentar los delitos en estas razones.

De acuerdo con lo dicho en esta nota no puedo dejar de mencionar que la LO 15/2003 de 25 de noviembre ha introducido por medio de un curioso lance durante la tramitación parlamentaria la curiosa y desconcertante figura de la presunción *iuris et de iure* del peligro concreto, introduciendo un párrafo segundo al artículo 381 CP que dice lo siguiente: «En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos». Es decir, se presume un resultado típico aunque éste no haya existido (sobre el resultado de peligro concreto *vid.* FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 99-6, pp. 1883 y ss.). Este precepto, además de no respetar el principio de legalidad por el uso de elementos típicos absolutamente vagos e indeterminados (¿Qué es una tasa alta de alcohol? ¿Qué es un exceso desproporcionado de velocidad?) no puede resistir mínimamente una Cuestión de inconstitucionalidad por tratarse evidentemente de una infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9): da lugar a que se le imponga una pena a alguien por un hecho que puede no haber cometido e, incluso, aunque se sepa con seguridad que no lo ha cometido (que no haya existido ninguna situación de peligro concreto). De la misma opinión ALCACER GUIRAD, *La Ley penal*, N. 10 (noviembre 2004), pp. 14 y ss., definiendo este precepto adecuadamente en la conclusión de su profundo estudio sobre el mismo como «adefesio jurídico».

conducta concreta no determina el alcance del tipo al no ser recogido como un elemento que sirva para definir el hecho típico.

El principal inconveniente de estos delitos de peligro radica en que debido a su abstracción máxima pueden conducir a la punición de conductas que no supongan materialmente un injusto penal en el caso concreto (29). Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO (30), «el pronóstico del legislador no averado por el juzgador no pasa de ser una valoración estadística, que no puede fundamentar la afirmación de responsabilidad criminal individual». Es decir, un ciudadano puede ser castigado por realizar un hecho que considerado aisladamente no se puede considerar materialmente digno de castigo aunque desde un punto de vista estadístico sea necesario contemplar sanciones para ese tipo de conductas. De esta manera lo que se estaría retribuyendo en ese caso o la justificación de la pena de cara al individuo que la sufre sería simplemente que ha realizado un comportamiento que tiene constatada una relación estadística con determinados resultados o efectos. Si esto es así el problema es que aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme e, incluso, de antemano quede excluida una peligrosidad superior a los riesgos generales de la vida. Por ejemplo, ello ha provocado que haya un acuerdo doctrinal generalizado desde hace tiempo de que no se puede penar sin más la conducción sin permiso de conducir. Un conductor puede carecer de habilitación pero tener una experiencia al volante del automóvil que haga que su forma de conducir no resulte más peligrosa que la de un conductor con habilitación. No se puede olvidar un dato práctico. El legislador penal, cuando crea tipos penales, sólo piensa en los casos más graves, pero no hasta qué casos-límite se extiende el alcance del tipo penal. En definitiva, la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho Penal mediante penas frente a un ciudadano concreto. En esta línea un sector doctrinal considera —con una formulación que a veces peca de confusa— que los delitos de peligro abstracto contradicen el principio de culpabilidad.

(29) En profundidad sobre esta cuestión en tiempos recientes MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 80 y ss., 339. La doctrina ha señalado cómo este problema de legitimación con respecto al merecimiento de pena es común tanto para los autores que defienden que estos delitos protegen un bien jurídico colectivo (la despreocupación o sensación de seguridad con respecto al disfrute de bienes jurídicos) como para los autores que mantienen que se protegen bienes jurídicos

individuales. *Vid.*, por todos, HEFENDEHL (nota 3), p. 37; JAKOBS (nota 10), 2/25 b. Con respecto a la posición de KINDHÄUSER: FRISCH (nota 10), pp. 91 y s.; ROXIN (nota 22), 11/130 y s.; WOHLERS (nota 6), pp. 286 y s.

En sentido contrario a la afirmación del texto, KORIATH, GA, 2001, p. 74, entendiendo que la prohibición general en los delitos de peligro abstracto no precisa limitación alguna.

(30) (Nota 26), p. 793.

III. Análisis crítico de otras propuestas dogmáticas

La doctrina ha intentado resolver la problemática de los delitos de peligro abstracto no sólo mediante opciones de reforma político-criminal sino también proponiendo diversas teorías dogmáticas que, sin embargo, no acaban de satisfacer y que presentan serios inconvenientes (31).

1. El peligro abstracto como presunción *iuris tantum*

Algunos autores han acudido a la exigencia implícita en estos delitos de la prueba de que el peligro para terceros estaba excluido, entendiendo que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro (como resultado o como predicado de la acción). Por ejemplo, es ampliamente conocida en la doctrina la propuesta de SCHRÖDER (32) —en una línea ya iniciada por RABL en 1933 (33)— de aceptar la prueba en contrario de la falta de peligrosidad para excluir la tipicidad de la conducta. Los delitos de peligro abstracto serían así entendidos como «delitos de presunción refutable de peligro».

Sin embargo, un sector importante de la doctrina ha señalado con acierto cómo esta construcción plantea un dilema: si el procesado corre con la carga de la prueba se infringe el principio *in dubio pro reo* (34). Si unos autores se ven absueltos por probar la imposibilidad de lesión otros se ven condenados por no poder probar dicha imposibilidad. Si para solventar esta cuestión se exige que sea la parte acusadora o juzgadora la que corra con la carga de la prueba, tal y como sostiene SCHRÖDER, se estaría introduciendo como requisito típico una concreción de la peligrosidad contraria a la

(31) Sobre los diversos intentos de otorgarle un contenido material a los delitos de peligro abstracto: BERZ (nota 12), pp. 101 y ss.; HERZOG (nota 27), pp. 1 y ss. (resumen en *ADP*, 93, pp. 323 y ss.); HORN, *SK*, antes de 306/16 y s.; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 67 y ss. (Capítulo II), de forma exhaustiva; la misma, *RDPC*, N. 9 (2002), pp. 45 y ss., de forma resumida; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 237 y ss., en profundidad; ROXIN (nota 22), 11/128 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 21 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, pp. 797 y s.; WOHLERS (nota 6), pp. 286 y ss.

(32) *JZ*, 67, p. 525 y *ZStW*, 81, pp. 16 y s., con más referencias. De acuerdo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Berlín, 1996, 26, II, 2. En un sentido similar: MIR PUIG, *Derecho Penal*, *PG*, 7.ª ed., Barcelona, 2004, 9/63 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal*, *PG*, Barcelona, 1996, pp. 284 y s.; el mismo,

Manual de Derecho penal, *PG*, 2.ª ed., Pamplona, 2000, p. 334; el mismo, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, pp. 241 y ss., definiendo el peligro abstracto como conceptual y el concreto como inminente o efectivo; el mismo, *A dónde va el Derecho Penal*, Madrid, 2004, pp. 167 y ss., en los mismos términos; ZUGALDIA ESPINAR, *Derecho Penal*, *PG*, 2.ª ed., Valencia, 2004, p. 476. Más referencias en: MENDOZA BUERGO (nota 12), p. 153; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), p. 268; SCHMIDT (nota 12), pp. 32 y ss.

(33) *Der Gefährdungsvorsatz*, Leipzig, 1933, pp. 20 y ss. En profundidad sobre este trabajo de RABL: HERZOG (nota 27), pp. 20 y ss., 47; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 147 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 38 y ss.

(34) SSTC 111/1999, de 14 de junio (FJ 3); 87/2001, de 2 de abril.

finalidad de la norma (35). En relación con esta última cuestión cabe resaltar que la doctrina también ha objetado con diversas formulaciones que la exclusión de la punibilidad por no poder probarse un elemento que no forma parte de la descripción típica es una argumentación con escasa consistencia lógica.

Lo que late en el fondo de este tipo de consideraciones es la idea de que una modalidad de conducta puede ser estadísticamente peligrosa pero ello no significa que se trate de una conducta peligrosa en todos los casos, sino que depende de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, por ejemplo, el artículo 630 CP no tipifica en todos los casos el abandono de instrumentos peligrosos (cosa que sí hace con las jeringuillas), sino que introduce como elemento de la definición típica la referencia a que el abandono se realice de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades o en lugares frecuentados por menores. Esta preocupación, que ha estado siempre sobrevolando el debate, es también una preocupación que, como veremos, resulta relevante para la posición que se quiere mantener en este trabajo. Sin embargo, es preciso afrontar el problema sin que la teorización de estos delitos se tenga que ver abocada a recurrir a presunciones, que nunca representan soluciones dogmáticas materialmente adecuadas.

2. El peligro abstracto como «tentativa de delito imprudente» o como tipificación de una infracción del deber de cuidado sin resultado

Otros autores (BREHM, HORN), más influenciados por la teoría personal del injusto y, consiguientemente, más preocupados por la infracción de la norma de conducta, han considerado que no se debía considerar típica la conducta cuando el autor ha adoptado medidas de cuidado o de seguridad complementarias para evitar peligros para bienes jurídicos ajenos. De acuerdo con esta idea, en la medida en la que el autor se comporte con el cuidado objetivamente debido no realizaría el tipo de peligro (36). Es decir,

(35) BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, 1994, p. 162; el mismo, principios de derecho penal, 5.^a ed., Madrid, 1998, p. 158; BERZ (nota 12), pp. 103 y ss.; BOHNERT, *JuS* 84, p. 186; CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), p. 67; HIRSCH (Arthur Kaufmann-FS, nota 18), p. 559; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Colonia, 1973, pp. 25 y s.; KINDHÄUSER (nota 28), pp. 234, 243 y ss., 354; el mismo, en LÜDERSSEN (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Baden-Baden, 1998, p. 273; KRATZSCH (nota 14), pp. 111 y s.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ (nota 28), pp. 137, 169 y s.; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 161 y s., con ulteriores refe-

rencias; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), p. 269, con más referencias; ROXIN (nota 22), 11/128; SCHMIDT (nota 12), pp. 33 y s., 45 y s., 102; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 797; TORIO, *ADP*, 81, p. 827.

(36) BREHM (nota 12), pp. 127 y ss.; el mismo, *JuS*, 76, pp. 23 y ss.; HORN (nota 35), pp. 22 y s., 28, 94 y s. con nota 114, 218 y s.; el mismo, *SK*, antes de 306/17. En España, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 298 y ss.

Anteriormente, de un modo similar, la tesis de Gotinga de VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, tesis doctoral de Gotinga, 1968, con la que muestra su acuerdo RUDOLPHI, «Inhalt und Funk-

tion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», en *Maurach-FS*, Karlsruhe, 1972, pp. 59 y s. Críticos con la posición de VOLZ: BREHM (nota 12), pp. 84 y ss.; KINDHÄUSER (nota 28), pp. 250 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 56 y ss.; desde un punto de vista político-criminal, HERZOG (nota 27), p. 30; WOHLERS (nota 6), pp. 289 y s. Muestra a su vez su acuerdo con RUDOLPHI, WOLFF, en HASSEMER (eds.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt, 1987, p. 220.

Críticos con esta doctrina extendida en Alemania: BACIGALUPO ZAPATER (nota 35, Estudios), pp. 162 y s.; el mismo (nota 35, principios), pp. 158 y s.; CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 68 y s.; CORCOY BIDASOLO (nota 28), pp. 214 y ss., que, sin embargo, considera que preceptos de riesgo en general como los arts. 348, 349, 350, 351, 359 y 360 en realidad tipifican tentativas imprudentes de lesión de bienes jurídicos individuales; GARCÍA RIVAS (nota 12), pp. 100 y s.; KINDHÄUSER (nota 28), pp. 257 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 59 y ss., 102; WOHLERS (nota 6), pp. 290 y s.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981, pp. 296 y s.

ROXIN (nota 22), 11/129 mostrando su acuerdo con SCHÜNEMANN y éste, *JA*, 75, p. 798, modifican esta posición considerando que tener sólo en cuenta el cuidado objetivamente debido puede privilegiar injustificadamente al autor y, por ello, se debe tener en cuenta también si subjetivamente se ha infringido el deber de cuidado. Es decir, estos autores consideran que se deben tener en cuenta a efectos inculpativos no sólo los conocimientos [en profundidad, BREHM (nota 12), pp. 128 y ss. y *JuS*, 76, p. 25] sino también las capacidades especiales o superiores del autor (deber subjetivo de cuidado). En contra de estos autores: CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (202), pp. 69 y s.; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 226 y s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 289 y s.; SCHMIDT (nota 12), pp. 67 y ss.; WOLTER (nota 36), pp. 288 y ss.

Curiosamente, la doctrina alemana defensora de esta tesis dominante no suele predicar estas exigencias en ciertos delitos como los de tránsito ligados a comportamientos en masa porque en estos casos la pena estaría ligada a la infracción por razones didácticas. Según un sector relevante de la doc-

trina alemana el legislador en estos casos contempla penas buscando una automatización de las conductas respetuosas con las normas y lo importante es el respeto de la decisión independientemente de las circunstancias concurrentes (BREHM —nota 12—, pp. 137 y ss. y *JuS*, 76, pp. 23 y s.; JESCHECK/WEIGEND —nota 32—, 26, II, 2, nota 45, mostrando su acuerdo con BREHM; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 798, WOLTER —nota 36—, p. 277). Por tanto, al final estaríamos ante una cuestión de interpretación de los diversos tipos de la parte especial y de clasificación de si éstos se ubican o no dentro de una determinada forma especial de peligrosidad abstracta. No parece, pues, posible crear una teoría general a través de la idea que se expone en el texto ya que se excluye de partida su validez para todos los tipos de peligro abstracto. En contra de que se puedan hacer distinciones entre diversos tipos de delitos de peligro abstracto: BOHNERT, *JuS*, 84, p. 187; FRISCH (nota 10), p. 92; KINDHÄUSER (nota 28), pp. 269 y s.; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 183 y ss., 483 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 323 y ss.; SCHMIDT (nota 12), pp. 202 y s.; WOHLERS (nota 6), p. 301; ZIESCHANG (nota 12), pp. 372 y ss. En contra de la posición de SCHÜNEMANN y WOLTER por razones político-criminales, HERZOG (nota 27), p. 35. En mi opinión, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva no cabe hacer excepciones a través de los denominados por la doctrina alemana «acciones masivas». Por ello en este trabajo se desarrollará una teoría general. La fundamentación material del injusto de los delitos de peligro abstracto no puede depender de que la conducta se realice en el seno de una actividad minoritaria o mayoritaria. Se trata de un dato irrelevante como criterio de imputación de un injusto individualizado a una persona concreta, aunque se trate de un dato que pueda tener relevancia a efectos de las razones que han conducido a la tipificación. Por otro lado, si se quiere introducir esta categoría dentro de la teoría jurídica del delito para fundamentar ciertos injustos penales como merecedores de pena es preciso analizar qué diferencia a los delitos de peligro abstracto de las infracciones administrativas de peligro abstracto a las que en principio como orden primario compete preferentemente esta función social de automatización, ordenación o estandarización.

los delitos imprudentes de resultado y de peligro abstracto tendrían como fundamento la misma norma y los mismos deberes de cuidado. Por ello, si no se infringe la norma de cuidado con la vida o la salud de otras personas, no es posible afirmar materialmente la existencia de un injusto de peligro abstracto, aunque formalmente estén presentes en el hecho todos los elementos típicos. Sólo será penado el que no adopte las precauciones necesarias para evitar muertes o lesiones. Por ejemplo, aunque alguien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas se podría tener en cuenta para negar la tipicidad de la conducta que conducía a una velocidad bastante inferior a la máxima permitida y que de copiloto iba atenta otra persona que no había ingerido bebidas alcohólicas. Según estos autores, aunque se infrinjan ciertas reglas estándar de seguridad, faltaría un injusto material si se añaden otras condiciones de seguridad que pueden preservar de lesiones los bienes jurídicos individuales.

A esta interesante interpretación teleológica cabe objetarle que tampoco compagina muy bien con la intención técnica de los delitos de peligro abstracto cuyo objetivo es estandarizar al máximo ciertas conductas. Los delitos de peligro abstracto normalmente pretenden evitar precisamente que los ciudadanos decidan cuáles son las precauciones necesarias en cada caso concreto. Además, este sector doctrinal (BREHM, HORN) intenta enriquecer materialmente los delitos de peligro abstracto estableciendo una relación personal entre el autor y la lesión de bienes jurídicos individuales. Pero el deber de cuidado no puede ir referido a un resultado típico inexistente en los delitos de peligro abstracto. El objeto del dolo y de la imprudencia en los delitos de peligro abstracto no es un resultado lesivo sino los elementos típicos recogidos en el correspondiente tipo penal. Por ello sistemáticamente no es posible entender que estos delitos estén definidos legalmente como meras «tentativas imprudentes» (37). Ello es evidente si pensamos que un

(37) FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 97-2, pp. 2005 y s. y *La Ley*, 99-6, p. 1881; ROMEO CASABONA (nota 5), p. 961.

En sentido contrario es dominante en la doctrina española la equiparación entre delitos de peligro y la imprudencia sin resultado: FARRE TREPAT, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, p. 128; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1996, p. 525; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, PG, Valencia, 1998, pp. 109, 112 y s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 7, 134 y ss., con abundantes referencias, dejando muy clara una idea generalizada en la doctrina: «Los delitos de peligro surgen para castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar a que ese resultado se produzca. Representan, por tanto, un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente,

castigando excepcionalmente la tentativa imprudente —normalmente impune—, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo, en ciertos ámbitos en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido “tipificar” la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado, sin menoscabo de la seguridad jurídica», 304 y ss. con respecto a los delitos de peligro abstracto; la misma, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pp. 2078 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *RJC*, 93, pp. 26 y s., 36 y s.; STS de 22 de enero de 1977 (Pte. Sáez Jiménez).

Esta idea viene motivada porque comprensiblemente se pretenden definir estructuras típicas que presentan cierta complejidad a partir de otras estructuras típicas más trabajadas y estudiadas por la doctrina.

delito de peligro abstracto, en principio, podría realizarse dolosa o imprudentemente cuando ello esté legalmente contemplado, tal y como sucede, por ejemplo, con el artículo 367 CP con respecto a artículos como el 359, 360 ó 364 (38). Aunque ello no sea político-criminalmente deseable (39). ¿Cómo explicar dogmáticamente la realización imprudente de una «tentativa imprudente»? Paso a exponer con mayor detalle estas ideas.

Desde un punto de vista material, de los delitos de peligro abstracto no se deriva un deber de cuidado con bienes jurídicos individuales sino el deber directo e inmediato de evitar determinados comportamientos que el legislador (por su peligrosidad estadística) ha definido como hechos típicos. Aunque un comportamiento no pueda declararse como una infracción del deber de cuidado puede ser un hecho típico si está descrito como tal en una ley penal y existe un deber de no realizar nunca ese comportamiento sea cual sea el contexto o las circunstancias concurrentes. Desde luego, no cabe la menor duda de que normalmente la realización de delitos de peligro abstracto coincide con la infracción de la norma de cuidado («tentativa imprudente»), pero de esa concurrencia habitual no se puede derivar una equivalencia material de ambas estructuras típicas. En los delitos de peligro abstracto se realiza la conducta típica cuando el autor abarca con su dolo los elementos típicos. En ese momento infringe la norma de conducta. No existe un requisito normativo adicional de cuidado con respecto a una eventual lesión del que dependa la responsabilidad penal. Los delitos de peligro abstracto no se deben entender, por tanto, como delitos imprudentes de resultado cortado. La denominada peligrosidad *ex ante* de los delitos de peligro abstracto no es más que la realización dolosa de los elementos que configuran el tipo objetivo. En definitiva, el hecho que debe ser objeto de referencia (tipo objetivo) del dolo y de la imprudencia (imputación subjetiva) en los delitos de peligro abstracto es distinto al hecho que es objeto de referencia del dolo y de la imprudencia en los delitos de lesión. La relación de los delitos de peligro con el delito imprudente de resultado no es «normativa» desde un punto de vista dogmático sino «funcional» desde un punto de vista político-criminal. Los delitos de peligro permiten intervenir al Derecho Penal en ámbitos en los que sólo podía intervenir tradicionalmente mediante los tipos de resultado lesivo imprudentes, con todas las limitaciones que ello implicaba. Precisamente una de las cosas que pretenden los delitos de peligro abstracto es evitar que la tipicidad de la conducta dependa de las previsiones, cálculos o cuidados del autor con respecto al resultado. Es metodológicamente erróneo, por tanto, cualquier intento de reconstruir el injusto de los delitos de peligro a partir de la tradicional dogmática de los delitos de lesión, sea intentando buscar similares elementos objetivos o unas características personales comunes (40).

(38) No se trata sólo de dogmática-ficción: cfr. SAP Toledo de 3 de septiembre de 2001 (sección 1.ª, Pte. Cáncer Loma). El trabajo más detallado sobre estas cuestiones que plantea el Derecho positivo español es de ROMEO CASABONA (nota 5), pp. 941 y ss.

(39) Ya critiqué esta opción político-criminal en *Poder Judicial*, N. 61 (2001), pp. 139 y s.

(40) Tampoco se puede compartir la idea de HOYER (nota 14), pp. 35 y ss., especialmente 41 y s., a partir de argumentos de

Desde un punto de vista subjetivo los delitos de peligro des-subjetivizan la referencia al daño, des-subjetivación que aumenta a medida que se abstrae el peligro. En estos delitos no se trata sólo de prescindir de la esclavitud de la relación de causalidad sino también de la esclavitud de tener que exigir la relación subjetiva: la constatación de que el posible resultado fue previsto o podía ser previsto por el autor (41). Cualquier intento de construir la responsabilidad personal de los delitos de peligro a partir del delito de lesión desconoce la realidad dogmática de las diferentes estructuras típicas de los delitos de peligro y de los delitos de lesión como consecuencia de los diversos fines político-criminales de cada modalidad.

A pesar de las críticas expuestas, este tipo de posiciones aportan consideraciones a tener en cuenta. Se precisa una teoría que permita resolver adecuadamente aquellos casos en los que se adoptan medidas de cuidado o seguridad que se pueden entender tanto desde una perspectiva subjetiva como, especialmente, objetiva como medidas idóneas o adecuadas para evitar situaciones de peligro en el caso concreto. No tiene sentido en esos casos afirmar que existe un injusto merecedor de pena. Una teoría de los delitos de peligro abstracto debe poder resolver satisfactoriamente este tipo de casos. Ello debe ser compatible con la idea de que la no adopción de tales medidas de cuidado o de seguridad no tiene que implicar automáticamente la relevancia jurídico-penal de la conducta.

3. La seguridad como bien jurídico. La transformación de los delitos de peligro en delitos de lesión

Si el peligro o el riesgo es sinónimo de inseguridad o privación de condiciones de seguridad, los delitos de peligro se pueden definir también como delitos contra la seguridad de esos bienes que se ponen en peligro.

Desarrollando esta idea y profundizando en algunas ideas apuntadas ya por BINDING (42), KINDHÄUSER, en la monografía sobre la dogmática de los delitos de peligro más relevante de los últimos años, intenta hacerla fructífera para la dogmática de los delitos de peligro abstracto considerando

tipo constitucional, de que los delitos de peligro abstracto para ser interpretados conforme a la constitución deben ser interpretados como tipificaciones de infracciones de deberes objetivos y subjetivos de cuidado. Según este autor el peligro abstracto no es legítimamente un hecho punible desde una perspectiva constitucional si no se constata una imprudencia con respecto a la lesión del bien jurídico protegido. En tiempos recientes incide de nuevo en esta idea STÄCHELIN (nota 14), pp. 97 y s., 100.

(41) Legítiman desde esta perspectiva los delitos de peligro abstracto JAKOBS (*ZStW*, 97, pp. 767 y ss. —nota 3—, pp. 123

y ss.; *RPDJP*, 2000, pp. 162 y s.) y KRATZSCH (—nota 14—, pp. 109 y ss.; «Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en *Dietrich Oehler-FS*, Colonia y otras, 1985, pp. 67 y ss.; *GA*, 89, pp. 67 y ss.; *JuS*, 94, p. 376).

(42) *Die Normen und ihre Übertretung I (Normen und Strafgesetze)*, 4.^a ed., Utrecht, reimpresión 1965 (original 1922), pp. 372 y ss.; *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Tomo 2,1, 2.^a ed., Leipzig, 1904, p. 3. En profundidad sobre el pensamiento de BINDING en esta materia, MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 95 y ss. y SCHMIDT (nota 12), pp. 81 y ss.

que materialmente éstos consisten en la abstracción de la seguridad como bien jurídico protegido o finalidad tuitiva de la norma. Directamente este autor ha definido los delitos de peligro abstracto como «injusto de la inseguridad» (43) y con su propuesta en esta línea, enriquecida con diversas líneas argumentales provenientes de diversos ámbitos (Derecho constitucional, sociología, etc.), ha afectado decisivamente a toda la abundante discusión sobre los delitos de peligro abstracto.

La seguridad como finalidad de la norma es entendida desde esta perspectiva como una posibilidad de disposición sin peligro o sin preocupaciones de los bienes. No se trata, según este autor alemán, de un bien jurídico de naturaleza psicológica sino de naturaleza normativa que tendría en cuenta las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes en cada ámbito social o en el orden social en su conjunto. Es decir, no se trata de satisfacer sentimientos o sensaciones subjetivas de seguridad o tranquilidad sino de proteger condiciones reales de seguridad para bienes jurídicos básicos (44). El objeto de protección sería, según KINDHÄUSER, la posibilidad para una persona razonable de disponer de forma segura de bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de bienes (45). Los delitos de

(43) *Universitas*, 92, p. 228. En el mismo sentido JAKOBS (nota 28), pp. 43 y ss. y *RPDJP*, 2000, pp. 161 y ss., definiendo los delitos de peligro abstracto legítimos como infracciones de derechos a la seguridad.

(44) KINDHÄUSER (nota 28), p. 287 y (nota 35), pp. 276 y s. Erróneas, por ello, ciertas críticas y objeciones simplificadoras a la posición de KINDHÄUSER como las siguientes: KAIAFA-GBANDI, en PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, 2000, p. 54; la misma, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, pp. 274 y ss. (existe una traducción en MUÑOZ CONDE (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, pp. 304 y s.); SAAL, *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Berlín, 1997, p. 87; SCHMIDT (nota 12), pp. 193 y s.

Entiende, sin embargo, esta referencia a la seguridad en un sentido mucho más psicológico CORCOY BIDASOLO (nota 28), p. 373. Esta autora parte de la idea de que los delitos de peligro protegen la sensación de seguridad y confianza de los ciudadanos por sí misma sin referencia a la efectiva situación de peligro para los bienes jurídicos como la vida o la salud que se protegen en última instancia. Por ello cabe hacerle a CORCOY las

mismas objeciones que a KINDHÄUSER, pero incluso de forma más intensa por su excesiva psicologización de los bienes jurídicos a defender. Según esta autora (p. 208), en los delitos de peligro «los bienes jurídicos supraindividuales sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada». La propia autora señala las similitudes con el pensamiento de KINDHÄUSER (p. 218), afirmando diferenciarse en que cuando ella se refiere a que los delitos de peligro protegen la seguridad y la confianza como bienes jurídicos, dicha exigencia radica en que no se sobrepase el riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o en la seguridad y confianza en el buen funcionamiento de determinadas instituciones (p. 219). Por ejemplo, en el ámbito de la tipificación de los denominados fraudes alimentarios, considera que lo que se lesiona con este delito es la seguridad y confianza de los ciudadanos en que los productos que se encuentran en el mercado no superan el nivel de riesgo permitido.

(45) (Nota 28), pp. 19, 277 y ss., 355 y s.; GA, 89, p. 506; en «Hacia un Derecho Penal económico europeo», *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 447 y ss.; (nota 35), pp. 273 y ss. KIND-

peligro abstracto quedan así definidos como delitos que tipifican una lesión *sui generis* (46).

El brillante y complejo modelo dogmático propuesto por KINDHÄUSER encierra los peligros de una insatisfactoria administrativización del injusto penal y dinamita las posibilidades de establecer las necesarias diferencias entre el injusto penal y otros tipos de injusto (47). Más bien lo que ha hecho KINDHÄUSER es crear una teoría global de las infracciones de peligro abstracto ya que el Derecho Administrativo también protege las condiciones de seguridad. Donde no se puede fundamentar en general un injusto por el grado de abstracción de la protección de bienes jurídicos individuales tampoco se puede fundamentar un injusto penal que proteja condiciones estadísticas de seguridad. En conclusión, KINDHÄUSER cambia la perspectiva pero no resuelve el problema de fondo.

Ello es así ya que KINDHÄUSER no tiene suficientemente en cuenta que en última instancia lo que se quiere proteger son bienes jurídicos como la

HÄUSER (—nota 28—, p. 138) deja claro que él se refiere a un concepto inmanente o dogmático de bien jurídico y no a un concepto trascendente o político-criminal.

En un sentido similar a la posición de KINDHÄUSER, SCHMIDT (nota 12), pp. 189 y ss., 199 y ss., 205 y s., aunque éste rechace el concepto dogmático de bien jurídico y haga uso de un concepto político-criminal pre-existente al Derecho Penal y que limita las opciones del legislador penal, utilizando como sinónimo de condiciones garantizadas de disposición segura de bienes la expresión «entorno seguro» de los bienes como objeto de protección. Según este autor las normas penales que tipifican los delitos de peligro abstracto crean un sistema de seguridad por lo que su infracción supone una situación de mayor inseguridad no para el objeto de ataque afectado por la conducta típica concreta sino para todos los bienes jurídicos a los que se les quiere dotar de seguridad.

Críticos con la posición de KINDHÄUSER: CEREZO MIR (nota 22), p. 116, nota 50; FRISCH (nota 10), p. 92; GARCÍA RIVAS (nota 12), pp. 32 y s.; HERZOG (nota 27), p. 44; KORIATH, *GA*, 2001, p. 67 («la creación de ese tipo de seguridad colectiva es la función de prácticamente todas las normas jurídicas»); KRATZSCH, *JuS*, 94, p. 376; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlín, 2000, pp. 97 y ss., 111 y ss., recogiendo las críticas más extendidas en la literatura alemana a la posición de KINDHÄUSER; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 133 y

ss.; la misma, *RDPC*, N. 9 (2002), pp. 50 y ss.; MEYER, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, Münster, 1992, pp. 150 y s.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt, 1994, pp. 201 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt, 1993, pp. 155 y s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 265 y ss.; ROXIN (nota 22), 11/131; SCHMIDT (nota 12), pp. 97 y ss.; SOTO NAVARRO (nota 2), pp. 210, 229, 308; WOHLERS (nota 6), pp. 295 y s.; ZIESCHANG (nota 12), pp. 354 y ss., con ulteriores referencias.

En un sentido similar, JAKOBS, *RPDJP*, 2000 (N. 1), p. 163, considera que «una suficiente seguridad cognitiva es una condición necesaria para poder disfrutar los bienes. Sin tal seguridad, los bienes no son “buenos”, y por ello se ha formulado que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico. Por lo tanto, entre la existencia de la seguridad y la del bien no existe ni en el plano lógico ni en el valorativo una diferencia». Más matizadamente en (nota 28), pp. 45 y ss., aunque señala como «no sólo los bienes jurídicos clásicos son bienes escasos, sino que conforme al entendimiento actual lo son también sus condiciones de utilización».

(46) KINDHÄUSER, *GA*, 93, p. 374. En contra HIRSCH (nota 18, *Neue Strafrechtswirkungen*, pp. 16, 32).

(47) Las referencias a esta cuestión de KINDHÄUSER (nota 28), pp. 340 y ss. pecan de demasiado vagas, como ya señaló KARGL, *GA*, 90, p. 480, en la recensión a esta monografía. Sus aclaraciones posteriores en (nota 35), pp. 278 y ss., siguen pecando de vaguedad.

vida, la salud o el medio ambiente pero variando la técnica de protección; es decir, lo que caracteriza a los delitos de peligro abstracto de los que nos ocupamos aquí no es que tengan un objeto de protección distinto que otros tipos penales como las lesiones o el homicidio sino que la estructura típica es diferente. No se trata simplemente de tematizar la seguridad como bien jurídico u objeto de tutela sino de tematizar el comportamiento que genera inseguridad como injusto penal o como hecho jurídico-penalmente imputable. A diferencia de los autores del apartado anterior como BREHM o HORN, KINDHÄUSER ubica correctamente el problema como una cuestión de modalidad objetiva de injusto (aunque utilice el término equívoco de que los niveles relevantes de seguridad se determinan desde la perspectiva de la víctima), pero se equivoca al tratar reducidamente la teoría de los delitos de peligro abstracto como una cuestión referida al bien jurídico protegido (48) y no como una cuestión de cómo se protegen ámbitos de organización que se tutelan de otra manera mediante los delitos de resultado lesivo o los delitos de peligro concreto. Formulado de forma radical, las normas son las que determinan como se garantiza jurídicamente la disposición segura de bienes; si ello es así, se trata de discutir sobre normas o estructuras normativas y no sólo de bienes (49). Lo mismo cabe decir de construcciones

(48) JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, p. 69, considera que calificar la seguridad necesaria como bien es un «desvío superfluo» que, de todas maneras, no perjudica al resultado final que se alcanza.

(49) Ello es evidente en otros trabajos de menor calado dogmático y más contradictorios como el de SCHMIDT (nota 12), pp. 189 y ss., 198 y s., 206. Por ejemplo, este autor argumenta (pp. 193 y s.) como la mera realización del hecho tipificado como delito de peligro abstracto pone en entredicho la prohibición y debilita la vigencia de la norma. De esta manera es como entiende que se perjudica el entorno seguro de los objetos materiales que resulta necesario para una utilización segura y ajena a perturbaciones de dichos objetos. La disminución de la aceptación de la norma y la continuidad de su infracción tienen como consecuencia la disminución de la aceptación del bien jurídico y, de esta manera, el entorno seguro de los bienes jurídicos garantizado por el ordenamiento jurídico queda objetivamente en una situación más insegura. Concluye este autor señalando como en los delitos de peligro abstracto la conducta típica no afecta al concreto bien jurídico protegido sino a todos los bienes jurídicos que se ven afectados por la inseguridad generada por la erosión o debilitamiento de la norma. Como se

puede apreciar, esta argumentación es más característica de una teoría de la función social de la pena y de las normas penales que propia de una fundamentación de los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, tal y como le sucede a la teoría de KINDHÄUSER, no es capaz de justificar qué es lo que diferencia a las normas penales de otras normas sancionadoras: para él la infracción de una norma equivale a la lesión de un bien jurídico (lesión o puesta en peligro real de un objeto material que personifique el bien jurídico). Ello es debido (p. 199) a que entiende que la infracción de la norma debilita la aceptación y vigencia de la norma, perjudicando con ello el entorno seguro de los objetos materiales de los bienes jurídicos garantizados por la norma; ello da lugar a una lesión del valor de los bienes jurídicos en su función de medio para el libre desarrollo de la personalidad de los titulares de los bienes jurídicos ya que no se ve afectado sólo por la erosión de la aceptación de la norma el concreto objeto de ataque de la conducta típica, sino todos los objetos materiales protegidos por la norma. SCHMIDT tematiza así como problemas del bien jurídico aspectos que exceden a la definición del bien jurídico y que tienen que ver más con el fundamento global del injusto y de las normas penales (no es casualidad que el propio autor admita expresamente que

recientes en la doctrina española en la que es apreciable la influencia de esta decisiva monografía de KINDHÄUSER como, por ejemplo, la que ha mantenido recientemente CORCOY BIDASOLO (50).

IV. Reflexiones sobre la normativización del peligro abstracto

Las normas son esquemas de coordinación entre ámbitos de organización. Los tradicionalmente denominados tipos de lesión de bienes jurídicos (51) tienen su fundamento en la imputación a una persona de arroga-

introduce dentro de su teoría del bien jurídico las tradicionales consideraciones sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado). Con la referencia a la seguridad normativa y a la confianza en la vigencia de la norma se está haciendo referencia a funciones generales de las normas específicamente penales o de la pena que no pueden servir para fundamentar o legitimar tipos penales concretos o para otorgarle un contenido concreto a las normas que incriminan conductas. En este trabajo de SCHMIDT se puede apreciar claramente por qué el tipo de soluciones expuestas en el texto no pueden satisfacer ya que desenfocan la cuestión esencial al tratar de limitarla a una redefinición o ampliación del bien jurídico o del fin de protección de la norma.

(50) *Vid. supra* nota 44. En cuanto a la distinción entre delitos de peligro abstracto, de peligro concreto y de lesión, la autora concluye su trabajo afirmando (—nota 28—, p. 373) que concibe los delitos de peligro como tipos estructuralmente autónomos y que los delitos de peligro abstracto y concreto presentan como elementos comunes «la protección y lesión de un bien jurídico-penal supraindividual, junto a la protección mediata y/o inmediata de un bien jurídico-penal individual. La delimitación entre delitos de peligro abstracto y concreto se fundamenta en que, en los primeros, únicamente se protege, de forma inmediata un bien jurídico-penal supraindividual, mientras que en los delitos de peligro concreto, junto al bien jurídico-penal supraindividual, se protege, también de forma inmediata, un bien jurídico-penal individual, exigiéndose en ese caso un resultado de peligro para ese bien jurídico. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro no se encuentra en la distinta forma de afectación del bien jurídico sino en la distinta naturaleza de éste —in-

dividual o supraindividual—. La distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión sólo tiene sentido en relación con la naturaleza del resultado en sentido material, según sea de peligro o de lesión, porque el resultado en sentido jurídico-penal es idéntico en todos los delitos: lesión del bien jurídico-penal o, mejor expresado, afectación del bien jurídico-penal *ex ante* y *ex post*».

Ello es por lo demás evidente con respecto a autores como GRACIA MARTÍN, *AP*, 94, pp. 355 y s., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (nota 37), pp. 113 y s. (aunque refiriéndose sólo a los delitos socio-económicos) y MONGE FERNÁNDEZ (nota 2), p. 108, que asumen directamente la posición de KINDHÄUSER sin matizaciones relevantes. GRACIA MARTÍN directamente ha afirmado que «como ha demostrado especialmente Kindhäuser, los tipos de peligro abstracto tienen sin duda fundamentos materiales, pues la acción menoscaba las condiciones de seguridad que son indispensables para una utilización racional de los bienes jurídicos y en ese menoscabo puede verse, sin duda un daño *sui generis* que dota al tipo de peligro abstracto de contenido material... la acción produce, sin duda, un resultado que no consiste, ciertamente, ni en la lesión ni en el peligro concreto del bien jurídico, pero que sin duda, materializa el daño *sui generis* de que habla Kindhäuser».

El mismo tipo de críticas cabe hacer también con respecto a la posición de MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 64 y ss., cuando define el bien jurídico salud pública como «conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos».

(51) La distinción entre delitos de resultado y de mera actividad es una diferencia-

ciones de ámbitos o espacios de organización ajenos (sean éstos individuales o supraindividuales). En sentido contrario, los denominados delitos de peligro que interesan aquí son supuestos en los que no se tipifica la arrogación sino sólo la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización (delitos de peligro concreto) o la incorrecta organización del propio ámbito de organización (delitos de peligro abstracto) o, lo que es lo mismo, la organización insegura para otros ámbitos de organización. Los delitos de peligro tipifican situaciones de inseguridad para otros ámbitos de organización (individuales o supraindividuales). Mientras los delitos de lesión, especialmente los de resultado, exigen que se constate el perjuicio a otro ámbito de organización mediante fórmulas como que se puede imputar un resultado a alguien como autor cuando ha creado un riesgo (jurídicamente desaprobado, con relevancia típica, no permitido, etc.) que se realiza o concreta en el resultado, los delitos de peligro concreto exigen que se le impute al autor una situación de inseguridad de un concreto ámbito de organización (individual o supraindividual) (52). Ni los delitos de peligro abstracto-concreto ni los delitos de peligro abstracto en sentido estricto exigen como elementos de la tipicidad esa referencia a ámbitos de organización ajenos concretos. Basta con una organización insegura del propio ámbito de organización o con una organización más insegura que las conductas permitidas en el ámbito social en el que se actúa (53). Teniendo en cuenta que en determinados ámbitos existen actividades peligrosas permitidas, abundando precisamente en relación con dichos ámbitos los delitos de peligro abstracto contra la seguridad colectiva, se introduce sin problemas la referencia normativa de la teoría de KINDHÄUSER a las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes en cada ámbito o subsistema social. Hay que tener en cuenta que los delitos de peligro a los que nos estamos refiriendo tipifican conductas relacionadas con actividades peligrosas per-

ción puramente formal (LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, pp. 182, incluso la considera superflua en las conclusiones de su estudio sobre el resultado en Derecho Penal). Por ello no ha planteado históricamente muchos problemas dogmáticos la práctica imposibilidad de ir realizando una ordenación clara a lo largo de los diversos preceptos de la parte especial.

(52) Sobre la normativización de los delitos de peligro concreto *vid.* FEIJOO SANCHEZ, *La Ley*, 99-6, pp. 1885 y ss. Las consideraciones que se quieren hacer aquí sobre la normativización del peligro abstracto están desarrolladas en coherencia con lo defendido anteriormente para los delitos de peligro concreto.

(53) En la medida en la que aquí interesan básicamente los delitos de peligro abstracto en el ámbito de los delitos contra la

seguridad colectiva, para que exista una conducta típica se debe tratar de una organización insegura para un número indeterminado de víctimas potenciales o de ámbitos de organización ajenos. Dicho de forma gráfica, si no fuera así se trataría sólo de delitos contra la seguridad pero no de delitos contra la seguridad colectiva. A su vez, el resultado de peligro concreto debe ir referido a un ámbito de organización concreto o determinado que personifica a la colectividad de víctimas potenciales y si no es así habrá que acudir a los delitos de resultado (homicidio, lesiones). Esta idea no puede ser expuesta aquí y ya ha sido planteada por mí en *La Ley*, 99-6, p. 1881. Sin esta referencia a las características específicas de la inseguridad en estos delitos no se logra dar explicación o justificación dogmática o político-criminal alguna de por qué existen los delitos contra la seguridad colectiva en el Código Penal.

mitidas (comercio alimentario, tráfico viario, etc.) (54). La diferencia esencial con KINDHÄUSER es que la infracción administrativa es entendida aquí como un indicio de una organización objetivamente insegura en el caso concreto (al igual que en la dogmática tradicional de la imprudencia la doctrina la asume como un indicio de una organización descuidada), mientras en la teoría de KINDHÄUSER cualquier lesión de una regla general o estadística de seguridad supone ya un injusto penal o queda equiparada a un injusto penal. Creo que la posición que pretendo mantener le otorga un contenido material al injusto de los delitos de peligro abstracto frente al carácter formal de la teoría de KINDHÄUSER (55). En la misma línea cabe señalar que, a diferencia de lo que ha sostenido JAKOBS (56) con consecuencias dogmá-

(54) Sobre el instituto del riesgo permitido *vid.*, por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 267 y ss.

(55) En la línea de KINDHÄUSER busca este tipo de soluciones con cierta inconsistencia dogmática SCHMIDT (nota 12), pp. 200 y ss., 206, intentando excluir el ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto a supuestos donde el peligro o la posibilidad de lesión queda completamente excluida. SCHMIDT considera que, en casos extremos aislados, no existe un injusto cuando a) un observador óptimo excluiría *ex ante* de forma absoluta un resultado lesivo, b) ello fuera conocido por el autor y c) realmente no se produjera un resultado lesivo. Creo que la solución que se ofrece en el texto permite una mejor fundamentación dogmática de este tipo de consecuencias prácticas. Este autor, además, no tiene en cuenta que no existe prácticamente actividad dentro de la vida en sociedad de la que se pueda predicar que el peligro o la posibilidad de lesión quede completamente excluida y que la producción de un resultado no puede aportar nada a la tipicidad o atipicidad de la conducta desde la perspectiva de los delitos de peligro abstracto; es decir, en el fondo la realización del tipo es una presunción que sólo se puede excluir mediante exigencias que no se le hacen a los que se comportan de acuerdo con la norma. En el fondo de esta construcción late, pues, un cierto versarismo (el que se aparta del estándar debe asumir lo que suceda).

(56) (Nota 10), 6/86 a; ZStW, 97, p. 769. No creo que en la exposición de JAKOBS se pueda constatar una equivalencia material, ni objetiva ni subjetiva, de estos supuestos con la tentativa acabada como afirma el propio autor para fundamentar su posición.

Más bien su concepción tiene que ver con su teoría de la imputación objetiva como quebrantamiento de un rol social que da lugar a una concepción excesivamente rígida de la tipicidad que no tiene suficientemente en cuenta que el significado objetivo de una conducta como lesión o como participación en un injusto sólo se puede tener en cuenta como proceso de interacción. El quebrantamiento de un rol social (exceso de velocidad, consumo de alcohol antes de conducir, la carencia de licencia, etc.) puede generar diversos tipos de responsabilidad. Así, por ejemplo, el consumo de alcohol puede generar responsabilidad administrativa pero no tiene por qué generar responsabilidad penal (aunque exista quebrantamiento de un rol) en la medida que sólo la norma penal determina qué infracciones de roles adquieren relevancia para el sistema de imputación Derecho Penal. Ya en otros lugares me he manifestado en general contra la teoría de la imputación objetiva como quebrantamiento de un rol (—nota 54—, pp. 219 y ss.; «¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?», en *Dogmática y ley penal, LH a E. Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 239 y s., con nota 8) y sus concreciones en problemas de la tipicidad como la teoría de la prohibición de regreso o retroceso (*Límites de la participación criminal*, Granada, 1999, pp. 63 y 72 y ss.) o la determinación del riesgo permitido en ámbito regulados por normas extrapenales (—nota 54—, p. 230 en un problema con muchos parentescos con este problema dogmático de los delitos de peligro abstracto como se puede apreciar en JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 124 y s., 128 y s.). Las conclusiones de JAKOBS están, pues, coherentemente ligadas a su teoría general de la tipicidad.

ticas muy similares a las de KINDHÄUSER, no basta para constatar la tipicidad de conductas como la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas que el autor haya realizado una modalidad de conducta que esté definida generalmente como arrogación de un ámbito de organización ajeno ya que algunas veces acaba de esa manera, sino que la conducta realizada debe definirse como organización normativamente insegura (57). Esa definición concreta y no la referencia estadística es la que convierte el hecho en un injusto penal y lo diferencia de lo que debe ser un mero injusto administrativo.

En concreto, en lo que se refiere al **tipo objetivo**, lo que se defiende aquí es que la conducta no sólo debe reunir todos los elementos típicos de acuerdo con los cuales el tipo define expresamente la conducta como estadísticamente peligrosa, sino que esos elementos deben permitir que se pueda imputar al infractor en el caso concreto *una organización insegura del propio ámbito de organización* o, dicho en términos más exactos, una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida. Ello no significa que haya que constatar la idoneidad de la conducta para lesionar (58), sino sim-

(57) *Vid.* como ejemplo de esta afirmación STS de 22 de marzo de 2002 (Pte. Puer-ta Luis), en una sentencia en la que se absuelve del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

(58) En sentido contrario, MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 456 y ss. (resumen en *RDPC*, N. 9 —2002—, pp. 68 y ss.), que pretende identificar la conducta tipificada en los delitos de peligro abstracto con la conducta de creación de un riesgo típicamente relevante en los delitos de resultado. Si se pretende en serio «igualar» el tratamiento de la determinación y comprobación judicial del injusto objetivo (primer nivel de imputación) de los delitos de peligro abstracto con todos los demás» (p. 453) o que «el criterio de imputación en este primer nivel debe funcionar, en lo que es común, de manera similar a como lo hace en los delitos de lesión y en los de peligro concreto» (p. 458) de tal manera que «la aplicación de este primer criterio de la imputación de la conducta al tipo, o de determinación de la relevancia de la conducta típica, supone una alusión a la idoneidad o aptitud de la acción para afectar inmediatamente a un objeto de la acción» (pp. 466 y s.) ello tiene las siguientes consecuencias dogmáticas desde una perspectiva general:

1. El delito doloso de peligro abstracto debería entenderse como equivalente a una tentativa idónea (quizás por ello abundan a lo largo de esta monografía los parentescos

entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa) y, por ello, si a partir de la realización de dicha conducta se produjera un resultado no imprevisible (como el atropello de un peatón por la capacidad disminuida del conductor por el consumo de bebidas alcohólicas) la única conclusión coherente sería considerar el hecho un delito de resultado (homicidio, lesiones, etc.) doloso. No hace falta insistir en lo insatisfactorio de este tipo de soluciones a las que lleva la propuesta de MENDOZA BUERGO por su equiparación de la dogmática de los tipos de resultado y de peligro abstracto sin mayores matizaciones y sin tener en cuenta que se trata de tipos o modalidades de riesgos distintos, es decir, de estructuras típicas diferentes. La restricción de los tipos de peligro abstracto que pretende esta autora se hace a costa de una indeseable ampliación del alcance de los tipos de resultado (es decir, se acaba ahuyentando al diablo con Belcebú).

2. La solución de este problema se traslada al ámbito del tipo subjetivo. Según la tesis aquí criticada las únicas diferencias entre un delito de peligro abstracto y un delito de resultado serían objetivamente la ausencia de un resultado típico (lesivo o de peligro concreto) y subjetivamente la ausencia de la volición del resultado. Una vez más se puede apreciar como una configuración deficiente del tipo objetivo obliga a acudir al elemento volitivo del dolo como criterio decisivo de imputación. Si no se perfilan

plemente que desde una perspectiva normativa o jurídica (que no equivale necesariamente al de la víctima potencial) no se ha controlado o dominado suficientemente el propio ámbito de organización. Si la conducta ni siquiera afecta o llega a generar situación de inseguridad alguna a otros ámbitos de organización por casualidad o por actuaciones salvadoras de terceros o de la propia víctima es indiferente. El autor ya ha realizado su injusto. Una organización objetiva y normativamente insegura no siempre genera inseguridad (una situación de peligro) para otros ámbitos de organización. Ése es el hecho que en esencia se tipifica en los delitos de peligro abstracto que son aquí objeto de estudio. De acuerdo con la concepción del injusto y de la teoría de la imputación objetiva que he venido defendiendo en otros lugares (59), es preciso que se constate con seguridad (o, si se prefiere, con una seguridad rayana en la certeza) desde una perspectiva *ex post* (60) (es decir, utilizando el juzgador todos los conocimientos disponibles en el momento

diferencias objetivas entre la diversidad de los tipos o las modalidades de peligro de cada estructura típica, las necesarias diferencias sólo se pueden encontrar en criterios subjetivos como el «querer» del sujeto activo.

3. En esta última monografía española sobre los delitos de peligro abstracto MENDOZA BUERGO consigue restringir el alcance de los delitos de peligro abstracto a costa de negarle a estos delitos una estructura típica propia. Se podría definir de forma simplificada la posición de esta autora como que los delitos de peligro abstracto no son en realidad delitos de peligro abstracto. No se entiende muy bien qué aportan materialmente sus referencias a la teoría de la imputación objetiva en la medida que las conclusiones a las que llega no añaden sustancialmente nada nuevo a ciertas soluciones tradicionales. Si realmente se quiere hacer uso de un método teleológico de interpretación se debe analizar la autonomía de los delitos de peligro abstracto frente a las estructuras propias de los delitos de peligro concreto y de resultado lesivo e incidir en sus elementos característicos sin deducirlos sin más de la dogmática de los delitos de resultado lesivo. MENDOZA BUERGO no ha trasladado a los tipos de peligro abstracto la teoría de la imputación objetiva sino la dogmática de los delitos de resultado lesivo, lo cual acarrea los inconvenientes ya mencionados.

(59) *El injusto penal y su prevención*, Madrid, 1997, pp. 88 y ss. y *Homicidio y lesiones imprudentes*, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.

(60) La doctrina española dominante hace uso en sentido contrario de una pers-

pectiva objetiva *ex ante* que tiene como objeto la lesión de un bien jurídico individual en la medida en la que el juicio versa sobre la probabilidad o no improbabilidad de dicha lesión (teoría de la previsibilidad objetiva o de la causalidad adecuada): ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003, p. 26; DOVAL PAIS (*Delitos de Fraude Alimentario*, nota 2), p. 331; GUIASOLA LERMA, *Revista de Derecho penal*, N. 7 (2002), pp. 54 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (nota 37), p. 108; MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 322 y ss., con ulteriores referencias, 338, 387 y ss. y, especialmente, pp. 456 y ss.; la misma, *RDPC*, N. 9 (2002), pp. 64 y ss.; MAQUEDA ABREU, *AP*, 94-1, p. 485 y ss.; MORALES PRATS (nota 16), p. 492; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (nota 22), pp. 298, 338; la misma, «Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad por el producto», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, 2.º Volumen, Valencia, 1997, pp. 710 y s.; ROMEO CASABONA (nota 5), p. 951; SILVA SÁNCHEZ, *RJC*, 93, pp. 25 y s., con nota 1 («entiendo los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro real y no presunto, caracterizados por la existencia de una peligrosidad *ex ante* de la conducta»), 32 y ss.; el mismo (nota 3), p. 127.

Esta posición no me resulta personalmente convincente en la medida que convierte los delitos de peligro abstracto en «tentativas imprudentes» sin tener en cuenta su autonomía dogmática (*vid. supra* III.2) y, además, mezcla elementos de imputación objetiva y subjetiva, aunque ello sea cohe-

en el que juzga) que la organización del autor era una organización objetiva y normativamente insegura y ello, insisto, con independencia de que se haya visto o no afectado el objeto material de un bien jurídico individual [*ex post* se puede constatar una organización objetivamente incorrecta sin que haya existido una situación real de peligro para objeto alguno (61)]. La posición mantenida aquí creo que mantiene la elegancia de la coherencia dogmática: si en los injustos de resultado lesivo es preciso imputar *ex post* un resultado como arrogación de un ámbito de organización y en los delitos de peligro concreto es preciso imputar *ex post* una situación de inseguridad para un ámbito de organización, en los restantes delitos de peligro es preciso impu-

rente con ciertas concepciones dogmáticas sobre la teoría de la imputación objetiva. Por otro lado, la definición del peligro abstracto como peligrosidad *ex ante* aclara una cuestión esencial, la de la perspectiva del juicio de peligro, pero no define qué es un peligro abstracto como referente del dolo del autor; es decir, permite afrontar el problema desde una determinada perspectiva pero no lo resuelve materialmente.

En Alemania comienza a existir una línea crítica con la perspectiva *ex ante* y sus problemas dogmáticos por parte de dos autores relevantes como BURKHARDT, en WOLTER/FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 99 y ss. (en español *vid.* WOLTER/FREUND, *El sistema integral del derecho penal*, Barcelona, 2004, pp. 153 y ss.) y KINDHÄUSER (nota 28), pp. 53, 60 y ss. En la defensa de esta perspectiva que es la dominante en la doctrina alemana frente a las críticas que ha sufrido por parte de estos dos autores *vid.* ZIESCHANG (nota 12), pp. 54 y ss., en especial la extensa nota 40.

En la doctrina española destaca en general por su crítica de la utilización de una perspectiva *ex post* para ¡todos! los delitos de peligro, con independencia de su naturaleza, CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 49 y ss. (crítica a dicha posición en FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 99-6, pp. 1883 y ss.).

Como señala MENDOZA BUERGO, *AP*, 2002-1, p. 315, nota 45, la tradicional referencia a la perspectiva *ex ante* «pretende fundamentar la relevancia típica y el injusto de esta categoría delictiva en la peligrosidad de la conducta individual y no en generalizaciones o en la idea de mera desobediencia a estándares de conducta». En el texto se plantea una solución dogmática que consigue lo mismo y que, en mi opinión, no plantea los problemas dogmáticos expuestos,

consiguiendo una distinción más clara entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto que, en muchos casos se echa de menos en los trabajos doctrinales sobre los delitos de peligro abstracto. Es más, creo que la posición mantenida en el texto elude mejor las generalizaciones ya que la previsibilidad objetiva es un criterio marcadamente estadístico basado en la experiencia (sobre la teoría de la previsibilidad objetiva o de la causalidad adecuada desde una perspectiva crítica *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ —nota 54—, pp. 51 y ss.), consiguiendo una mayor restricción del alcance típico de los delitos de peligro abstracto; es decir, puede haber casos peligrosos desde una perspectiva *ex ante* (por ejemplo, conducir habiendo consumido alcohol) que no impliquen *ex post* una organización normativamente insegura.

(61) En una línea similar TERRADILLOS BASOCO (nota 26), p. 800, con nota 63. La diferencia esencial con la propuesta de TERRADILLOS consiste en que éste está pensando en constatar *ex post*, en una línea cercana a la de KINDHÄUSER, la lesión de condiciones de seguridad para las víctimas potenciales, mientras en texto se hace referencia a las constatación de una organización normativamente insegura.

Habrán casos en los que sí se constate dicha situación de peligro pero ello resulta indiferente a efectos de tipicidad en la medida en la que se trata de un dato que carece de relevancia típica para los delitos de peligro abstracto. Cuando no exista un tipo de peligro concreto al que reconducir ese hecho el dato de la concreción de la peligrosidad podría tener incidencia, sin embargo, a efectos de determinación de la pena para incrementarla con respecto a los casos en los que no existe además esa situación real de inseguridad para el objeto material de un bien jurídico.

tar *ex post* una organización insegura [sobre todo si, como hace un sector dominante de la doctrina, en la subclase de los delitos de peligro abstracto denominados delitos de aptitud, idoneidad, peligrosidad concreta, de peligro hipotético, etc. también se exige un juicio *ex post* (62)].

Desde el punto de vista del tipo objetivo la referencia a la infracción de normas de seguridad extrapenales (los tipos penales en blanco de los arts. 360 ó 364 CP) o a autorizaciones (normas con accesoriedad administrativa como la del art. 359 CP) deben entenderse como cláusulas de riesgo permitido en el sentido en el que esta institución se encuentra ampliamente asumida en el ámbito de otras modalidades delictivas (63). El fundamento del injusto de estos delitos de peligro no se encuentra en la contravención administrativa o en la ausencia de autorización sino exclusivamente en la organización insegura. Estas referencias a normas extrapenales o autorizaciones administrativas no son fundamento del injusto sino un límite objetivo del mismo en la medida en la que las conductas se desarrollan en ámbitos donde siempre existe inseguridad ya que toda actividad mantiene un riesgo residual aceptado por el ordenamiento jurídico (64). Estas cláusulas de riesgo permitido no determinan lo que es una conducta típica sino que sólo excluyen la relevancia penal de ciertos riesgos. De esta manera no existe coincidencia entre el injusto administrativo y el injusto penal. Puede existir el primero y no el segundo (65). Por ejemplo, puede que alguien conduzca

(62) Coherentemente, lo que se sostiene aquí es que la diferencia entre estos delitos y los denominados delitos puros de peligro abstracto reside sólo en el grado de inseguridad en la organización del autor exigida por el tipo penal.

(63) A diferencia de lo que sucede en la dogmática de la imprudencia, donde el riesgo permitido es un instituto para determinar el deber de cuidado, en los delitos contra la seguridad colectiva es un instituto que determina el alcance del tipo objetivo de acuerdo con la configuración normativamente vigente de la sociedad. Aunque también en los delitos de resultado el riesgo permitido afecta al significado objetivo de la conducta (*vid.* FEIJOO SÁNCHEZ —nota 54—, pp. 276 y ss.) como sucede con la transmisión de enfermedades comunes como la gripe, en los delitos que son objeto de este trabajo la referencia al margen de riesgo permitido se hace especialmente importante y supone una referencia continuada en la medida en la que en los delitos contra la seguridad colectiva abundan los delitos configurados como tipos penales en blanco. Algunos de ellos, debido a su posición de subsidiariedad con respecto a normas administrativas, se pueden entender como tipos

penales en blanco de forma tácita. Sobre todo por la abundancia de elementos normativos típicos de contenido jurídico cuya determinación e interpretación jurídico-penal depende de lo dispuesto en normas extrapenales (Ley del Medicamento, Ley de Energía Nuclear, etc.). Son escasos los hechos como los estragos o los incendios (que no son delitos de peligro abstracto) en los que no existe un margen de riesgo jurídicamente tolerado.

Sobre los delitos de peligro que tienen que ver con la ausencia o infracción de una autorización administrativa o sobre delitos con reservas de autorización administrativa *vid.* por todos MENDOZA BUERGO (nota 12), pp. 58 y ss., desde una perspectiva descriptiva y 487 y ss., desde una perspectiva crítica (resumen en AP, 2002-1, pp. 326 y ss.).

(64) Se debe tener en cuenta, como ya he expuesto con mayor profundidad con respecto a la dogmática de la imprudencia, que en los subsectores del tráfico con riesgo residual permitido el deber de cuidado queda transformado en un deber de planificación (nota 54, pp. 287 y ss.).

(65) Quería insistir en que los criterios estrictamente jurídico-penales propuestos en el texto son válidos con independencia de

superando los niveles permitidos de alcohol en sangre, pero ello no afecte significativamente a sus capacidades (66) o que alguien elabore productos químicos que pueden causar estragos sin autorización (art. 359 CP) pero ello no suponga una actividad más insegura que la de otras empresas equivalentes que disponen de la autorización (o, incluso, pueda tratarse de una actividad más segura de lo normal).

Haciendo referencia también al punto de vista **subjetivo**, el dolo consistiría, de acuerdo con lo que se viene sosteniendo, en la representación de

a) todos los elementos del tipo que definen la conducta como estadísticamente peligrosa, y

b) la falta de un control o un dominio suficiente de la situación que hace que no se trate de una organización segura para otros potenciales ámbitos de organización o equivalentemente segura a las modalidades de conducta permitidas. En los delitos de peligro abstracto dolosos no hace falta que el autor realice juicio alguno relacionado con otros ámbitos de organización u otras personas sino solamente enjuicie su propio ámbito de organización como inseguro o insuficientemente cubierto o protegido. El objeto de representación del dolo queda sensiblemente reducido en relación al objeto de conocimiento que exige la estructura típica de los delitos de resultado (67).

que el delito de peligro abstracto tenga o no contemplada una pena privativa de libertad, al contrario de lo que cabría deducir de la conocida teoría de la doble velocidad del Derecho Penal de SILVA SÁNCHEZ (nota 3), pp. 159 y ss. No se puede hacer uso de una dogmática distinta de los delitos de peligro abstracto dependiendo de si el delito correspondiente tiene o no contemplada una pena de privación de libertad (*vid.* con respecto a los denominados delitos por acumulación SILVA, p. 136). Como ya me he manifestado contra la propuesta de este autor en otro lugar (*Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, N. 4, 2001, pp. 57 y ss.) sólo quiero señalar puntualmente los inconvenientes dogmáticos que plantearía la tesis de SILVA en este ámbito. Posteriormente también se han opuesto a la propuesta de SILVA: CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 59 y s.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pp. 184 y s.; TERRADILLOS BASOCO, en TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2004, pp. 237 y s.; ZUGALDIA ESPINAR, *CPC*, 2003, pp. 114 y s.

(66) Es evidente que a medida que la concentración de alcohol en sangre va aumentando se hace más evidente la inseguridad de la conducción y que se trata de una organización insegura. En sentido contrario, una afectación significativa del alcohol dentro de las dosis permitidas es un hecho irrelevante.

Lo que no tiene sentido es la infeliz presunción legal del nuevo artículo 381.2 CP (*vid. supra* nota 28) de que la mezcla de altas tasas de alcohol y velocidad elevada no sólo es una organización insegura sino que ha dejado a otro participante en una situación de inseguridad que pudo no existir (p. ej. el conductor condenado no se ha cruzado con nadie).

(67) Sobre mi concepto de dolo *vid.* en profundidad FELJOO SÁNCHEZ, *Cuadernos de Política Criminal*, 98, pp. 269 y ss. La consecuencia dogmática de lo dicho en el texto es que el tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto queda configurado con independencia absoluta de referencias al resultado lesivo (por ejemplo, es indiferente si el tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto implica dolo eventual, imprudencia

La imprudencia en los delitos de peligro abstracto tiene que ver con un descuido relacionado con una organización objetivamente insegura. El objeto del deber de cuidado (del descuido) no es el resultado sino la organización insegura (68).

consciente o imprudencia inconsciente con respecto al resultado). *Vid.* sobre esto también CUELLO CONTRERAS (nota 26), p. 538, criticando construcciones doctrinales como la de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. En consonancia con esta idea omito referencias al tema de las diferencias o similitudes entre el dolo de lesión o el dolo de peligro ya que como he intentado señalar lo decisivo es determinar primero si objetivamente existe un hecho que adquiere sentido para el sistema jurídico como injusto de lesión (arrogación de un ámbito de organización ajeno), de peligro concreto (inseguridad de un ámbito de organización ajeno) o de peligro abstracto (organización insegura no permitida del propio ámbito de organización) tipificado como delito. Sólo una vez determinado este paso hay que determinar si se trata o no de un injusto doloso (el más grave o, en la mayoría de los casos, el único que tiene relevancia penal). En mi opinión, en este punto la doctrina tradicionalmente se ha visto atrapada en una especie de trampa conceptual. Al igual que el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto ha querido diseñarse en relación a la tradicional dogmática de los delitos de resultado lesivo, la doctrina ha sufrido esa misma inercia con el tipo subjetivo.

Mis conclusiones, por tanto, son distintas a las del trabajo dogmático más profundo que existe sobre los delitos imprudentes de peligro abstracto contra la seguridad colectiva (la salud pública) que es el de ROMEO CASABONA (nota 5), pp. 955 y ss. En este trabajo se sostiene que existe una coincidencia absoluta en estos delitos entre la realización dolosa y con imprudencia conciente, produciéndose «entonces un concurso de leyes entre el delito doloso y el delito imprudente, el cual deberá resolverse necesariamente de acuerdo con el principio de subsidiariedad, esto es, en favor del delito doloso, pues de lo contrario éste nunca sería aplicable en la práctica, lo que daría lugar a un tratamiento punitivo privilegiado no buscado por el legislador ni deducible de la voluntad objetiva de la ley» (p. 959). No deja de ser llamativa la defensa de un delito doloso y, a la

vez, imprudente, lo cual no sólo va contra el tenor literal de preceptos como el artículo 367 CP (si los hechos fueran realizados por imprudencia grave se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado) sino también a su vez contra la definición general de delito del artículo 10 CP, que establece que las infracciones son o bien dolosas o bien imprudentes. Si hay que llegar a este tipo de enrevesadas consecuencias que contradicen el tenor literal de los preceptos los planteamientos dogmáticos de partida tendrían que ser replanteados como inadecuados. Lo que es evidente que no ha buscado el legislador ni es deducible de la voluntad objetiva de la ley es la equivalencia entre dolo e imprudencia en los delitos de peligro abstracto. Por otro lado, con la solución de ROMEO queda sin fundamentar materialmente la diferencia de pena entre la responsabilidad dolosa y la imprudente cuando se concluye que la distinción estructural entre el delito doloso y el imprudente «no es posible cuando se trata de un delito de acción peligrosa (o de peligrosidad), con relación al menos con la imprudencia consciente, en la cual el elemento intelectual —a salvo de alguna excepción— y el volitivo coinciden con el delito doloso» (p. 962). O bien la teoría jurídica del delito dominante parte de planteamientos erróneos o, más bien, lo que yo opino, no se ha resuelto satisfactoriamente el problema del tipo objetivo y del tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto.

(68) La determinación de la infracción del deber de cuidado no presenta peculiaridades en estos delitos (en la medida en la que la infracción de dicho deber configura el tipo subjetivo del delito, con independencia de que se trate de un delito de resultado lesivo, de peligro concreto o de peligro abstracto); sobre ello *vid.*, por tanto, mi posición general sobre la determinación del deber de cuidado en FEJOO SÁNCHEZ (nota 54), pp. 241 y ss.

Como ya he expuesto, la ya criticada concepción de los delitos de peligro abstracto como «tentativas imprudentes» tiene pendiente una explicación dogmática de cómo

Desde el punto de vista de la **determinación de la pena** (69), la referencia al mayor o menor grado de inseguridad de la organización supone un referente importante que falta en otras teorías dogmáticas sobre los delitos de peligro abstracto. La teoría aquí esbozada permite diferenciar punitivamente la gravedad de los diversos supuestos. Llama la atención, en este sentido, como en supuestos como los del artículo 364.2 CP (70) las penas que se imponen en la praxis forense divergen considerablemente unas de otras sin que exista ningún tipo de fundamentación relacionada con la gravedad del injusto.

Con lo dicho hasta aquí queda claro que la teoría que se ha diseñado del peligro abstracto como organización insegura no sólo ofrece una fundamentación normativa de los delitos de peligro abstracto que puede superar dogmáticamente los inconvenientes de otras formulaciones anteriores, sino que también tiene unas consecuencias prácticas para una razonable aplicación de estos delitos nada desdeñable. Permite establecer ciertas restricciones típicas razonables que siempre han sido buscadas por la doctrina y que habían quedan relegadas en obras como las de KINDHÄUSER o JAKOBS, y ello sin necesidad de tener que convertir los delitos puros o estrictos de peligro abstracto en otra cosa. Los delitos de peligro abstracto siguen siendo así delitos de peligro abstracto —aunque suene tautológico—, pero la mera realización formal de todos los elementos típicos no queda identificada directamente con una lesión de la seguridad. Tampoco se trata sólo de una

se puede realizar una tentativa imprudente «por dolo o por imprudencia» teniendo en cuenta que en el Título XVII del Libro II del Código Penal existen tanto delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto o de idoneidad dolosos como imprudentes (*vid.* art. 367 CP). Lo mismo sucede en otros lugares del código penal (*vid.* art. 331, que se trata de un precepto que ya ha tenido una aplicación relevante en nuestra praxis forense, incluso por parte del Tribunal Supremo).

(69) Sobre los criterios de determinación de la pena en los delitos de peligro abstracto (§§ 306 a y 316) ubicados en el Código Penal alemán entre los delitos de peligro común *vid.* HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín, 1999, p. 273.

El artículo 381.2 (*vid. supra* nota 28) ha convertido factores que servirían para incrementar la pena de un delito de peligro abstracto en factores que lo convierten mediante una presunción *iuris et de iure* en un delito de peligro concreto.

Cabe señalar que si se conciben los delitos de peligro abstracto como «tentativas imprudentes», lo coherente sería determinar la pena en función de la mayor o menor

gravedad de la infracción del deber de cuidado con respecto —llamativamente— a un elemento como el resultado de lesión que no forma parte del tipo sino de otros tipos penales que no son objeto de imputación. Se puede apreciar cómo una concepción defectuosa de partida va dando lugar a objeciones en los diversos aspectos dogmáticos que plantean los delitos de peligro abstracto.

(70) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a este delito *vid.* SS. de 4 de octubre de 1999 (Pte. Granados Pérez); 6 de noviembre de 1999 (Pte. Bacigalupo Zapater); 22 de marzo de 2000 (Pte. Móner Muñoz); 15 de diciembre de 2000 (Pte. Ramos Gancedo); 20 de enero de 2001 (Pte. Martín Canivell); 31 de mayo de 2001 (Pte. Prego de Oliver y Tolivar); 11 de junio de 2001 (Pte. Conde-Pumpido Tourón); 15 de octubre de 2001 (Pte. Conde-Pumpido Tourón), especialmente importante para la determinación de la pena de multa en estos delitos; 14 de septiembre de 2002 (Pte. Bacigalupo Zapater); 12 de enero de 2004 (Pte. Puerta Luis); 15 de abril de 2004 (Pte. García Ancos).

solución que excluya los casos de bagatela en función de alegaciones difusas que carecen de contenido material como el principio de insignificancia (71).

Por sólo citar algún ejemplo, resulta inadecuada la idea expresada por nuestro Tribunal Supremo de que en los supuestos del artículo 364.2 CP resulta absolutamente irrelevante la cantidad de sustancia no permitida administrada a los animales destinados al consumo humano (72), en la

(71) Crítico con ese principio, FEIJOO SÁNCHEZ, *Poder Judicial*, N. 61 (2001), p. 110, nota 8.

(72) *Vid.*, por ejemplo, STS de 15 de diciembre de 2000 (Pte. Ramos Gancedo), que en su fto. 9.º recurre al principio de precaución para negar que la realidad y gravedad de los riesgos tengan que estar plenamente demostrados. Ello supone una vuelta a la superada, inconstitucional y denostada teoría del peligro abstracto como peligro presunto. Posteriormente la STS de 31 de mayo de 2001 (Pte. Prego de Oliver y Toli-var) ha declarado en esta línea que «la falta del dato relativo a la concentración de la sustancia es irrelevante». De forma más evidente la STS de 14 de septiembre de 2002 (Pte. Bacigalupo Zapater), perfilando ciertas ideas planteadas ya en la STS de 6 de noviembre de 1999 del mismo ponente, afirma que «cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y no requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración».

Cabe objetar que la fundamentación del injusto del artículo 364.2 CP con relación al principio de precaución en el ámbito de la protección de la salud pública y de materia alimentaria es un argumento traído a colación (progresivamente con mayor intensidad) por la propia Jurisprudencia sin que ello tenga un claro anclaje en la ley ni en la fase de elaboración del Código Penal (entre otras cosas los Tratados y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE que cita el TS como argumentos de autoridad son posteriores a 1995; cfr. en profundidad sobre la situación normativa con respecto a este principio ROMEO CASABONA —nota 22—,

pp. 88 y ss.), así como es dudoso que un principio elaborado para casos de posibilidad de daños graves e irreversibles se aplique a los supuestos de los que se viene ocupando hasta ahora el Tribunal Supremo en esta materia. Esta clara «administrativización» (SILVA SÁNCHEZ —nota 3—, pp. 121 y ss.) de los criterios de imputación jurídico-penales debe ser dogmáticamente combatida ya que no tiene en cuenta los caracteres específicos del Derecho Penal como ordenamiento sancionador. Es ilegítimo imponer una pena por algo que ni siquiera se sabe si es general o estadísticamente peligroso. Un criterio en principio correcto de política social y de gestión de riesgos pensado para orientar la actividad de la administración pública no puede convertirse automáticamente en un criterio decisivo para imputar hechos dignos de castigo. Esta línea de aplicación hace que ya ni siquiera se pueda entender en la práctica forense el artículo 364.2 CP como un delito de peligro abstracto (utilizando la vieja terminología de BINDING no hay un injusto penal, sólo desobediencia formal). La Jurisprudencia con este tipo de argumentaciones ha desfigurado y pervertido el concepto de peligro hipotético que tiene su origen en TORIO LÓPEZ (*vid. supra* nota 15), convirtiéndolo en delitos que parten de la hipótesis (es decir, presunciones) de la existencia de peligros. Por otro lado, el principio de precaución entra en juego en supuestos de incertidumbre científica acerca de las relaciones de causalidad (CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 —2002—, pp. 61 y s.; ESTEVE PARDO, *RJC*, 2003, pp. 696 y ss.; MENDOZA BUERGO, *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*, en DA AGRA y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003, pp. 74 y ss.; la misma, «Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro», en ROMEO CASABONA (eds.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, pp. 442 y ss., 461 y ss.;

medida que puede haber supuestos en los que dicha cantidad sea tan nimia que no se pueda considerar como una organización insegura (73), con independencia de que en la mayoría de los supuestos de los que se ha ocupado nuestra Jurisprudencia ello no sea así y se deduzca con evidencia de los hechos probados la existencia de una organización insegura (74). Por ejemplo, la primera sentencia que se ocupa del artículo 364.2 CP de 4 de octubre de 1999 considera con razón relevante jurídico-penalmente el hecho de que «se administra una sustancia no permitida —el clenbuterol— a corderos propiedad del acusado destinados al consumo humano, en cantidades que supone, por su aptitud lesiva, un riesgo para la salud de los eventuales consumidores, sin requerirse, por consiguiente, que esas carnes o productos se hubiesen puesto a disposición de los mismos en el mercado». Para finalizar, sólo señalar que ciertos límites que la doctrina española y la jurisprudencia vienen buscando desde hace mucho tiempo para intentar restringir el alcance de los delitos de peligro abstracto de mayor relevancia práctica como el artículo 379 CP a través de la interpretación de ciertos requisitos típicos como el de conducir «bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas» se pueden canalizar perfectamente a través de la teoría que aquí se ha mantenido del peligro abstracto como organización insegura (75).

ROMEO CASABONA —nota 22— pp. 79 y ss., con gran profundidad), pero en este ámbito puede existir muchas veces el conocimiento fiable y científicamente fundamentado de que determinadas dosis muy pequeñas de algunas sustancias (no de todas) resultan inocuas y ése es un dato que no se puede sortear con referencias al principio de precaución. O pueden existir supuestos donde se sepa que la sustancia nociva se acumula en determinadas partes del animal (ojos, víceras, etc.) que no han sido comercializadas. En definitiva, el principio de precaución como criterio normativo de imputación provoca una ampliación del alcance de los tipos de peligro abstracto diametralmente opuesto a la restricción que se plantea en este trabajo mediante el criterio de la existencia objetiva de una organización insegura para otros ámbitos de organización.

En el mismo sentido del texto, CEREZO MIR, *RDPC*, N. 10 (2002), pp. 61 y s., en contra de la idea de su discípulo ROMEO CASABONA de que puede ser legítima la intervención jurídico-penal frente al «riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo» y que, por tanto, se podrían ampliar los delitos de

peligro abstracto, de modo que pudieran incluirse en ellos los supuestos de mera sospecha de la posibilidad de la producción de un daño grave e irreversible por la incertidumbre sobre el saber científico-causal. CEREZO objeta que esta ampliación le parece rechazable «pues supondría una desnaturalización del concepto de delito de peligro abstracto... en los delitos de peligro abstracto se castigan conductas que generalmente de acuerdo con el saber científico-causal de la época, llevan consigo el peligro de un bien jurídico protegido... el principio de precaución, a mi juicio, debería servir sólo de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas». Si se tiene esto en cuenta con respecto al principio de precaución como criterio político-criminal, más rechazable resulta su utilización jurisprudencial como criterio de imputación sin que exista una base legal sólida para ello.

(73) En sentido correcto, SAP de 13 de octubre de 1998 (Pte. Cristín Pérez), señalando con razón como en estos supuestos lo adecuado son sanciones administrativas (que, curiosamente, acarrearán normalmente una sanción económica mucho más elevada).

(74) *Vid. supra* nota 70.

(75) *Vid. sólo*, recientemente, la interesantísima STC 68/2004, de 19 de abril. Un

resumen del estado de la cuestión en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Granada, 2003, pp. 53 y ss.

En supuestos como los que son objeto de esta STC 68/2004 en los que existe la prueba de una alta tasa de alcohol en sangre que no es aceptada automáticamente por el Tribunal Constitucional como prueba de una conducción influenciada por dicho consumo se pueden observar una serie de aspectos que corroboran las tesis que aquí se han venido sosteniendo:

— No es posible en el contexto de nuestro orden constitucional buscar soluciones dogmáticas por la vía de presunciones, ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*.

— La conducción con dosis elevadas de

alcohol en sangre es una conducta estadísticamente peligrosa (por ello está sancionada administrativamente) por lo que un accidente con consecuencias lesivas no es objetivamente imprevisible (desde una perspectiva *ex ante*). Ello no es suficiente para imputar a una persona un delito de peligro abstracto. Tampoco lo es aunque no se haya adoptado ninguna medida de cuidado o de seguridad complementaria.

— La constatación en el procedimiento de la lesión de una condición normativamente garantizada de seguridad (tasa alta de consumo del alcohol) no significa que se haya probado en el procedimiento la existencia de una organización insegura; es decir, de una conducción insegura o en la que las capacidades de conducción se hayan visto afectadas o disminuidas.