

# LA CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO (OBJETIVO) DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

BLANCA MENDOZA BUERGO  
Prof. Dra. de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Madrid

## Sumario

**I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. A. INTRODUCCIÓN. LAS TEORÍAS DE LA PRESUNCIÓN DEL PELIGRO Y DEL PELIGRO COMO MOTIVO DEL LEGISLADOR. B. EL PARADIGMA DE LA LESIÓN DE LA SEGURIDAD EN LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES. C. EL DESVALOR DE ACCIÓN COMO PARADIGMA DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO: 1. Introducción. 2. Las tesis del equiparación «formal» a la imprudencia. 3. La equiparación real con la imprudencia. 4. El formalismo de Jakobs. 5. La optimización de la protección de bienes. 6. Perspectivas materializadoras. III. CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO OBJETIVO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO DESDE LOS PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE UN CONCEPTO MATERIAL DE INJUSTO PENAL.**

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Hoy en día nadie niega de forma terminante que la elección de la técnica del delito de peligro abstracto para la descripción del ámbito de lo punible constituye en ocasiones una elección problemática, cuyo empleo suele venir acompañado de una discusión sobre la oportunidad, la necesidad y las condiciones de éste. Sin duda, en la base de la aparente necesidad de justificar tal recurso al modelo del peligro abstracto se

encuentra el hecho de que la fundamentación de la punición de la acción individual de un delito de peligro abstracto resulta muy distinta de la que justifica tal punición en el caso de los delitos de lesión o, incluso, de peligro concreto. La limitación de la libertad de acción en consideración a la *eventual* amenaza de ciertos intereses a través de la penalización de comportamientos que no muestran siempre la evidencia de su peligrosidad, causan tensiones con el postulado de que sólo deben ser punibles hechos *materialmente desvalorables*<sup>1</sup>, y presenta sin duda problemas de **legitimación** que a nadie se le escapan. Estos se condensan, en el terreno dogmático, especialmente en la posible ausencia en algunos casos de un contenido material de injusto de la acción concreta, más allá de la mera infracción formal a la norma, es decir, que trascienda la mera desobediencia al mandato<sup>2</sup>.

La marcada tendencia a emplear el delito de peligro abstracto como modelo preferente de tipificación de nuevos comportamientos delictivos, o de otros antes recogidos bajo diversas fórmulas típicas, resulta sin duda, uno de los rasgos más característicos de las reformas penales en los variados ámbitos en los que ha llegado a ser el «tipo estándar»<sup>3</sup>, y confirma la impresión de que la importancia de los delitos de peligro ha crecido y sigue creciendo al mismo ritmo que el empuje de la exigencia de disponer de lo que se considera un frente avanzado de tutela, en determinados sectores objeto de particular atención por el legislador por diversas razones no siempre atendibles. Así, aunque estos delitos han estado presentes desde siempre en la legislación penal y los problemas que les afectan no son nada nuevo, éstos se agravan ante el recurso sistemático a una figura delictiva cuya fundamentación dogmática y cuya legitimidad político-criminal es, al menos, discutida y discutible. Por ello, si resulta cierto que estaríamos asistiendo a lo que podría calificarse en buena medida como cambio del paradigma delictivo de la lesión al de la prohibición de acciones arriesgadas, con la consiguiente restricción de los riesgos permitidos, la cuestión aparece en el centro de las preocupaciones del ac-

---

<sup>1</sup> A pesar de que las objeciones formuladas especialmente por la doctrina alemana hacen hincapié en la posible infracción de estos delitos contra el principio de culpabilidad, lo cierto, como ha destacado en nuestro país CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, PG II, 6.ª ed., MADRID 1998, p. 113, es que plantean problemas, en primer término y como luego se desarrollará, en cuanto a su contenido de injusto material y, sólo de forma derivada, en relación con la culpabilidad.

<sup>2</sup> En esta medida, se reconoce que tal como se interpretan estos delitos, constituyen delitos de mera desobediencia; vid. en este sentido JAKOBS, *Strafrecht*, AT 2.ª, Berlin 1991, § 6/88; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. 1994, p. 199; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, p. 438; ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, Berlin 1998, p. 383.

tual Derecho penal, tanto en el aspecto político criminal como en el dogmático.

El problema nuclear que constituye el hilo conductor de lo que ocupa las siguientes páginas es el hecho de que, según la interpretación que ya se ha hecho habitual y dominante, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica como atributo de cierta *clase* de conductas y no necesariamente de la acción individual, es no solo *motivo* para su incriminación sino también el dato en el que se quiere fundamentar la afirmación de la adecuación típica y del carácter injusto del hecho. Así, el comportamiento *formalmente* coincidente con el descrito en el tipo debe reputarse típicamente relevante y ello aunque en concreto carezca por completo de peligrosidad para el objeto de protección. Esta concepción que considera suficiente la coincidencia formal de la conducta del autor para afirmar la presencia del *tipo objetivo*, entiende que la tipicidad y el propio injusto objetivo del hecho en el caso concreto van únicamente anudados a la constatación de la puesta en práctica de la conducta descrita en el tipo<sup>4</sup>. Ello provoca que junto a conductas que de modo efectivo sean materialmente contrarias a la norma, habrá otras sólo formalmente contrarias a ésta que, sin embargo, serán reputadas igualmente típicas.

---

<sup>3</sup> Así lo califica, seguramente con razón, KINDHÄUSER, *Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote*, p. 6 [Conferencia dictada en la Universidad Externado de Bogotá, Sept. 1996, original inédito; versión española en KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá 1996, pp. 65-89 (trad. C. López Díaz)].

<sup>4</sup> Esta es la explicación tradicional del modo de operar de los delitos de peligro abstracto, tanto si se parte de la llamada teoría de la presunción del peligro, como de la teoría de la peligrosidad como motivo del legislador; vid. en la doctrina española CEREZO, *PG II*, 6.<sup>a</sup>, (cit. nota 1) p. 111; MIR, *Derecho penal, PG 5.<sup>a</sup>*, Barcelona 1998, pp. 208 y ss.; LUZÓN, *Curso de Derecho penal, PG I*, Madrid 1996, p. 314; COBO/VIVES, *Derecho penal, PG 4.<sup>a</sup>*, Valencia 1996, p. 301 y s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, PG 4.<sup>a</sup>*, Valencia 2000, p. 344 y s.; OCTAVIO/HUERTA, *Derecho penal, PG 2.<sup>a</sup>*, Madrid 1986, p. 164; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal español, PG 2.<sup>a</sup>*, Madrid 1996, p. 404; ESCRIVÁ, *La puesta en peligro de bienes jurídicos*, Barcelona 1976, p. 69; TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético, *ADPCP* 1981, p. 827; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994, pp. 238 y ss.; la misma, Voz «Delitos de peligro», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid 1995, p. 2079; DOVAL PAÍS, *Los delitos de fraude alimentario, Análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona 1996, p. 331; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, p. 53; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid 1999, p. 39. En la doctrina alemana, entre muchos, vid., ROXIN, *Strafrecht, AT I* 3.<sup>a</sup>, 1997, § 2/25 y 11/127; JAKOBS, *AT* (cit. nota 2), § 6/86; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT* 5.<sup>a</sup>, p. 264; CRAMER, comentarios previos al § 306, n. 3, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB* 25.<sup>a</sup> 1997; TRÖNDLE/FISCHER, *Stafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.<sup>a</sup>, comentarios previos al § 13, n. 13 a; GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *HEINITZ Fs.* 1972, p. 180; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, p. 793

Se plantea así una importante diferencia entre la afirmación de la relevancia típica o del injusto típico en los de peligro abstracto por un lado y los delitos de lesión —sean o no de resultado— y los delitos de peligro concreto por otro: esto es, la posible divergencia en los primeros entre la infracción formal del precepto y la vulneración del fin de protección de la norma, si se considera que éste ha de consistir, en definitiva, en la protección de bienes jurídicos frente a conductas *capaces* de crear un peligro para los mismos. En los delitos de peligro abstracto la idea del peligro sólo parece operar como motivo o razón para incriminar ciertos comportamientos que como *clase son peligrosos*, pero no se le adjudica ningún papel en la conformación del *contenido de injusto del concreto comportamiento* que se imputa al autor. Resulta sin embargo claro, que la afirmación de la peligrosidad en general de una clase de acciones no permite, por sí sola, la afirmación de la peligrosidad de la concreta conducta; con las referencias a la relevancia lesiva en general de la acción típica y la mayor eficacia en la protección de bienes jurídicos que se logra a través de la creación de delitos de peligro abstracto, se alude a la *razón* por la que el legislador incrimina determinado comportamiento, pero ello no basta para la legitimación de tal proceder. Entender lo contrario supone confundir la funcionalidad de una determinada regulación normativa con la cuestión de su legitimación<sup>5</sup>.

El origen del problema puede estar en la suposición de una relación de implicación entre la consideración de la peligrosidad típica de cierta clase de conductas como *motivo* para su tipificación y la aseveración de que ello resulta determinante y suficiente para la propia afirmación de la adecuación típica y el injusto del concreto comportamiento que se juzga, sin comprobar la presencia de tal peligrosidad en el caso concreto<sup>6</sup>. Efectivamente, el conocimiento de la relevante peligrosidad de cierto género de conductas para bienes jurídicos esenciales constituye un dato relevante para su incriminación, pero de ello no se deduce la *innecesariedad de la comprobación* de la peligrosidad de la concreta acción para afirmar su adecuación típica. Tal deducción, presente desde los inicios de la dogmática de los delitos de peligro abstracto<sup>7</sup> es producto, en buena medida, de construcciones

---

<sup>5</sup> Vid. destacando esta confusión, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts- zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 312.

<sup>6</sup> Resalta la suposición de esta relación de implicación por parte de los partidarios de la teoría de la peligrosidad como mera *ratio de la incriminación*, PARODI, *Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, p. 226.

<sup>7</sup> Vid. las argumentaciones de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung I*, reimpr. 4.<sup>a</sup> ed., 1922, p. 379 y s.; HENCKEL, *Der Gefährbegriff im Strafrecht*, 1930, p. 60 y s.; HIPPEL, R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, p. 87.

doctrinales<sup>8</sup> y jurisprudenciales, aunque inducidas por la formulación típica, pero dista mucho de ser evidente. No resulta en absoluto claro que en la aplicación de la correspondiente norma el Juez no deba hacer más comprobación que la constatación de la puesta en práctica de una conducta formalmente coincidente con la descrita en el tipo para afirmar su relevancia típica y considerar presente el injusto objetivo; ello supone imponer una pena sólo por haber llevado a cabo una conducta por su pertenencia a una *clase* de conductas que generalmente o típicamente conllevan peligros o causan lesiones. De este modo resulta palmario que no se fundamenta de manera apropiada el contenido de injusto del concreto comportamiento del sujeto activo. Por el contrario, parece que debe plantear dificultades afirmar que la finalidad de tutela de la norma —de salvaguarda de los bienes jurídicos frente a peligros reales y lesiones— no haya de ser en absoluto tomada en consideración en el momento de la aplicación de la norma a un hecho concreto. Es bajo este prisma de la finalidad de protección de las normas penales<sup>9</sup> desde el que se traslucen los problemas no solo de legitimidad sino también *dogmáticos* de los delitos de peligro abstracto, ya que se reputan típicos y antinormativos comportamientos cuya no peligrosidad para bienes jurídicos resulta evidente ya desde una perspectiva *ex ante*.

La tesis que aquí pretende defenderse es que la imputación de injustos penales parece requerir algo más que basar el injusto a través de generalizaciones<sup>10</sup> o infracciones meramente formales de estándares de conducta; más bien parece requerir un *contenido de injusto propio* del hecho concreto que fundamente así la *culpabilidad* por la comisión del mismo y la consiguiente imposición de una *pena* al autor<sup>11</sup>. Esta au-

---

<sup>8</sup> Vid. las consideraciones de HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1990, p. 5 que ponen de relieve la relación entre ciertas propuestas doctrinales iniciales sobre los delitos de peligro abstracto y teorías que hoy se consideran como constitutivas de la propia esencia de esta categoría delictiva.

<sup>9</sup> Vid. desde esta perspectiva, las consideraciones de FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, en *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 91 y aludiendo también a lo habitual de esta forma de ver el problema, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 2), p. 194.

<sup>10</sup> Este es el planteamiento que hace KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a. M. 1989, pp. 230 y ss., sobre esta fundamentación basada en la relevancia lesiva general de la clase o tipo de comportamiento.

<sup>11</sup> Se ve así, que aunque se ha destacado que los delitos de peligro abstracto presentarían también reparos por su infracción al principio de culpabilidad, en la medida que se entienda que éste presupone no sólo una infracción formal a la norma sino también un injusto material, esta precisión permite concretar que la objeción principal es la ausencia de contenido material de antijuridicidad, más allá de la infracción

sencia de desvalor objetivo del hecho es la que permite alegar la vulneración del principio de responsabilidad subjetiva que se ratifica por no poder afirmar ni dolo ni imprudencia en relación con la peligrosidad del comportamiento que se pone en práctica, cuando el sujeto activo parte de la falta de peligrosidad del mismo, igual que haría un espectador objetivo puesto en el lugar del autor.

Desde este punto de vista, la aparente *ventaja* de estas fundamentaciones generalizadoras —como también de las basadas en presunciones—, que supondría determinar la contrariedad a la norma sin tener que probar su lesividad en el caso individual, se convierte en un inconveniente decisivo de estos criterios para fundamentar de forma racional la punición de estos delitos<sup>12</sup> y en una buena razón para la reserva frente a ellos, sobre la que, sin embargo, con frecuencia han prevalecido las ventajas o la utilidad que suelen atribuirse a los mismos.

El problema planteado en estos términos tampoco se evade, a pesar de lo que pudiera en principio pensarse, a través de la idea de que la finalidad del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino el mero mantenimiento de la vigencia fáctica de la norma como pauta de comportamiento<sup>13</sup>. Este punto de vista no supera tampoco los inconvenientes de las tesis basadas en la relevancia lesiva general de cierta clase de comportamientos, pues la razón de la prohibición del comportamiento no puede ser otra que el carácter perturbador del mismo, determinado de manera centralizada de acuerdo con criterios también generalizadores; de modo que la razón de la prohibición no tiene plasmación necesariamente en el concreto comportamiento, y los criterios de la contrariedad a la norma resultan indiferentes tanto para basar el injusto como desde la perspectiva del principio de culpabilidad<sup>14</sup>. Se arguye que los contactos anónimos requieren comportamientos estandarizados conforme a pautas fijadas de modo centralizado por el legislador, de modo que rijan sin excepción la máxima de comportamiento, sin margen para valoraciones individuales de lo arriesgado o no de la concreta conducta. Sin embargo, una cosa es que no sea determinante el

---

de la regla: sólo a consecuencia de la falta de desvalor objetivo del hecho y, por tanto, de la falta de referencia subjetiva a un ausente desvalor objetivo, puede afirmarse la infracción del principio de culpabilidad.

<sup>12</sup> Así lo destaca, con razón, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), p. 235 s.

<sup>13</sup> Este es el planteamiento, como se sabe, señaladamente de JAKOBS, *AT* (cit. nota 2), § 1/4 ss, 1/14; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid 1996 (trad. M. Cancio/B. Feijoo), p. 46.

<sup>14</sup> La objeción se hace aún más evidente si tenemos en cuenta que es precisamente un defensor de esa concepción basada en la idea del aseguramiento de la vigencia fáctica de la norma quien pone de manifiesto este inconveniente; vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), pp. 234 y ss.

punto de vista del sujeto sobre su propio comportamiento —lo cual es correcto, porque lo relevante debe ser la peligrosidad objetiva de éste— y otra, muy distinta, que valga la ficción de la peligrosidad general como base del contenido de injusto del hecho. Alegar a estos efectos la necesidad de garantizar la seguridad en el disfrute de los bienes o la seguridad cognitiva<sup>15</sup>, junto con la afirmación de que lo decisivo en el delito es la desautorización de la norma, la falta de fidelidad al Derecho y no la lesividad de la conducta para los bienes jurídicos, no solo no resulta convincente, sino que además no puede prescindir en ninguno de los dos casos de una referencia, en última instancia, a la integridad de bienes o intereses, que trasciende la mera garantía de un determinado complejo normativo.

## II. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

### A. *Introducción. Las teorías de la presunción del peligro y del peligro como motivo del legislador*

1. Una de las teorías clásicas en el tratamiento de la punición de los delitos de peligro abstracto, en absoluto superada aunque no sea la más extendida en la actualidad, es la llamada teoría de la *presunción del peligro*. A pesar de las diferencias nominales y de fundamentación, las conclusiones a las que llega esta teoría no son muy distintas<sup>16</sup> de la ma-

---

<sup>15</sup> La idea de que los delitos de peligro no pretender proteger la integridad de los bienes sino garantizar la tranquila disposición sobre los mismos es defendida por KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), passim y especialmente pp. 19, 279; el mismo, *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte in Wirtschaftsstrafrecht*, en Schünemann/Suárez (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrecht, Madrid Symposium für K. Tiedemann*, 1994, p. 131 s. (= *Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, 1995, p. 449); para una exposición detallada sobre su concepción me permito remitir a mi libro *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada 2001, pp. 112 ss. Por su parte JAKOBS ha recogido esta idea, en *Sociedad*, (cit. nota 13) p. 44 s. y la recupera recientemente en *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penal*, 1, 2000, pp. 151.170, p. 163, aludiendo a la seguridad cognitiva como condición necesaria para poder disfrutar de los bienes como un propio «bien jurídico».

<sup>16</sup> De hecho las semejanzas y puntos de contacto son mayores de lo que pudiera pensarse, como han puesto de manifiesto autores como FINGER, *Begriff der Gefahr und gemeingefahr im Strafrecht*, en *Festgabe für R. von Frank*, t. I, Tübingen, reimpr. 1969, p. 244 s. o BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen 1973, p. 12, hasta el extremo que las explicaciones más extendidas en la actualidad son una síntesis de ambas ideas; vid. en este sentido BREHM, *Dogmatik*, cit., p. 11; GRAUL,

yoritaria teoría de la peligrosidad general como motivo del legislador: se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa. En esta ocasión ello se opera a través de una *presunción* de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el típico implica, en todo caso, la producción de un peligro o, en otras versiones, al menos la peligrosidad de la propia acción típica<sup>17</sup>. Según la versión tradicional de esta teoría, la presunción legal sería *iuris et de iure*, puesto que no se admitiría prueba alguna en el sentido de que no hubo peligro en el caso concreto; sólo posteriormente, como propuesta limitadora de tal regla sin excepción, se ha sostenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, rebatible en el proceso<sup>18</sup>.

En este caso, no cabe duda de que también se produce una ficción para fundar el injusto del hecho particular que se imputa, mayor si se presume que se ha producido una situación de peligro para un objeto de la acción —cuya presencia en el radio de eficacia de la acción no es objeto de prueba alguna— y similar a la que se opera de acuerdo con

---

*Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlin 1991, p. 187 con ulteriores referencias.

<sup>17</sup> Vid. con un análisis sobre la diferencia entre la presunción del peligro como resultado de la acción y la presunción de la peligrosidad de la propia acción, GRAUL, *Gefährdungsdelikte*, (cit. nota 16), pp. 152 y ss.

<sup>18</sup> Una versión clásica de esta teoría de la presunción es la sostenida por SIEBENHAAR, *Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikten nach dem Reichsstrafgesetzbuches*, *ZStW* 4 (1884), p. 270; vid. también MEZGER, *Strafrecht ein Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin/München 1949, p. 193; sobre la presunción de carácter *iuris tantum* vid. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, *ZStW* 81 (1969), pp. 14 ss. En nuestra doctrina cuenta también con sostenedores como RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, Madrid 1966, p. 169 s.; el mismo, *Derecho penal*, *PG*, Madrid 1977, p. 279, con importantes precisiones sobre lo absurdo de la denominación «peligro abstracto» en casos en los que puede darse de hecho un peligro concreto; QUINTANO, *Tratado de Derecho penal*. Parte Especial, tomo IV, coord. Gimbernat, Madrid 1967 p. 493 ; CÓRDOBA, *Les delits de mise en danger*, *RIDP* 1969, p. 359; RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado en la teoría jurídica del delito*, *CPC* 1977, p. 55; el mismo, *Compendio PG*, 4.<sup>a</sup>, Madrid 1988, p. 176; MENDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid 1993, pp. 135 s.; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Curso de Derecho Penal: Parte general*, Barcelona 1996, p. 284 y *Manual de Derecho penal*, Pamplona 1999, p. 332; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *PG* 4.<sup>a</sup>, 1994, p. 285; SUAY HERNÁNDEZ, *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, *Cuadernos de Derecho judicial*, XI 1997, p. 169. En la doctrina italiana actual vid. MAZZACUVA, «Disvalore d'azione e disvalore nell'illecito penale: aspetti problematici», en *Funzioni e Limiti del Diritto penale*, a cura di M. di Acutis e G. Palombarini, Padova 1984, p. 265 s.

otras tesis, si se presume en todo caso la peligrosidad concreta de la conducta individual. La diferencia es que conforme a esta postura no se reconoce que en el caso concreto que se enjuicia pueda faltar la peligrosidad de la conducta. Las objeciones que pueden dirigirse a esta teoría son, por tanto, y para empezar, de la misma índole que las que se han sintetizado en el apartado anterior. A ellas hay que añadir, sin embargo, otras que genéricamente hacen referencia a los problemas que conllevan las presunciones, tanto si son *iuris et de iure* como si son *iuris tantum*<sup>19</sup>.

2. La tesis más extendida sobre la fundamentación del castigo de los delitos de peligro abstracto es la denominada *teoría de la peligrosidad general* o peligrosidad como *motivo* del legislador que, como ya se ha mencionado al aludir a los problemas que afectan a estos delitos, al querer basar el castigo de los mismos con referencia a la relevancia lesiva *general* de la *clase* de acción descrita en el tipo, incurre en incongruencias e inconvenientes de difícil solución. Parte de la idea de que el legislador al formular estos preceptos y tomar como base la peligrosidad típica o general de cierta clase de conductas, no incluye en la formulación típica la característica del peligro ni como resultado ni como elemento integrante de la acción típica a comprobar por el Juez<sup>20</sup>. Con ello, y este es el paso decisivo en esta teoría, la relevancia general para

---

<sup>19</sup> Vid. la propuesta de RABL, *Gefährdungsvorsatz*, Leipzig 1933, pp. 20 y ss., que plantea la llamada teoría de la presunción rebatible del peligro, de la que se le considera fundador y a la que fundamentalmente se le reprocha, en el plano teórico, una transformación de los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto y, en el plano procesal, por interpretarse en un sentido que podía suponer una inversión de la carga de la prueba, la posible vulneración de las garantías constitucionales del acusado. Vid. también la propuesta más matizada de SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), (cit. nota 18), pp. 16 y ss. y *lege ferenda* de BAUMANN, «Haltet den Dieb!», en *Deutsches Auto-recht (DAR)* 1962, p. 99, que siguen planteando innumerables problemas en cuanto a su contradicción con el principio de culpabilidad, el objeto de la prueba, hasta donde ha de llegar ésta y a quien incumbe la misma, las consecuencias de un *non liquet*, por mencionar los más destacados. Vid. una exposición reciente de los reparos constitucionales frente a las dos versiones de la teoría de la presunción en la STC 111/1999 de 14 de Junio; vid. también CEREZO, *PG* II, 6.<sup>a</sup>, (cit. nota 1), p. 115.

<sup>20</sup> De esta opinión, entre otros muchos, CRAMER, Comentarios previos al § 306, n. 3, en *Schönke/Schröder StGB* 25.<sup>a</sup>, (cit. nota 4); TRÖNDLE/FISCHER *StGB* 49.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), antes § 13, n. 13 a; JAKOBS, *AT*, (cit. nota 2), 5/86; ROXIN, *AT* I 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4) 11/127; JESCHECK/WEIGEND, *AT* 5.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), p. 264; ARTZ/WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil, Delikte gegen die Person, LH* 2, 1982, p. 13, n. 44; SCHRÖDER, Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?, *JZ* 1967, pp. 522-525 (p. 522); GALLAS, *Heinitz FS.*, (cit. nota 4), p. 180; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, (cit. nota 4), p. 793; SCHROEDER, Die Gefährungsdelikte, *ZStW Beiheft* 1982, pp. 1-25 (pp. 3 y ss.); BOHNERT, Die abstraktheit der abstrakten Gefährungsdelikte, *JuS* 1984, pp. 182-187, (p. 183); BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, p. 58; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), pp. 229 y ss.; GRAUL, *Gefährungsdelikte*, (cit. nota 16), pp. 144 ss.

la lesión se eleva no ya, como es lógico, a razón o motivo de la prohibición, sino que más allá, alegando que el dato de la peligrosidad de la acción no está incluido expresamente en el tipo, se abre paso a la consideración de que la tipicidad y el propio injusto del hecho van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que la concreta conducta tenga o no capacidad alguna para ser en sí misma peligrosa<sup>21</sup>. La peligrosidad es, según la experiencia, característica de un grupo de acciones, pero no necesariamente de la acción individual que sólo se castiga porque pertenece a esa clase de acciones que generalmente, es decir con una frecuencia relevante, conlleva determinadas consecuencias indeseables<sup>22</sup>.

Esta fundamentación, a pesar de aceptar la existencia de tipos que como fenómeno regular, aunque no necesariamente en el caso individual, significan peligro, suele hacerse compatible con la afirmación de que la *finalidad* de estas normas es también evitar lesiones de bienes jurídicos, es decir, servir a la protección de los mismos; pero lo cierto es que también se utiliza en explicaciones funcionalistas que, por esta vía, justifican la facilitación de la administración u organización de un ámbito vital, eliminando de lo socialmente adecuado determinados riesgos debido al peligro general de que se produzcan resultados lesivos<sup>23</sup>.

3. A partir de estas dos posiciones básicas en torno al castigo de la categoría delictiva aquí aludida, y a la vista de los problemas de estructura dogmática suscitados, se elaboran diferentes planteamientos doctrinales que pretenden aportar soluciones diversas a aquellos problemas. En estas propuestas aparecen muy mezcladas las cuestiones estrictamente dogmáticas con aquellas que se engloban bajo el rótulo de legitimidad de estos delitos, esto es, de utilización legítima de esta técnica de tipificación, a la vista de las objeciones sobre su estructura y fundamento y de su posible colisión con principios básicos del establecimiento de responsabilidad penal. Las distintas posiciones pueden agruparse, de acuerdo con los diversos modelos de interpretación, en torno al elemento configurador del injusto que cada uno de ellos desta-

---

<sup>21</sup> Vid. ESCRIVÁ, *La puesta en peligro*, (cit. nota 4) p. 69; TORÍO, *ADPCP* 1981, (cit. nota 4), p. 827; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos*, (cit. nota 4), pp. 238 ss.; la misma, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, (cit. nota 4), p. 1079; KINDÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), pp. 229 ss.

<sup>22</sup> Esta descripción ya se encontraba en BINDING, *Normen*, (cit. nota 7), p. 379.

<sup>23</sup> En este sentido se pronuncia JAKOBS, *AT* (cit. nota 2), § 6/86 a; el mismo, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, (trad. E. Peñaranda), pp. 293-324, (pp. 307 ss.).

ca, esto es: bien una propia *lesión* del bien jurídico, por la delimitación que se hace de éste; bien un *desvalor* al menos potencial de *resultado* o, finalmente, como es opinión mayoritaria, un mero desvalor de acción, aunque configurado a su vez de modo diverso.

### **B. El paradigma de la lesión de la seguridad en la disposición de los bienes**

El modelo de interpretación del fundamento de los delitos de peligro conforme a este enfoque supone concebir el peligro como perturbación específica y propia, que no se define en tanto que estado previo a la lesión, sino que es *en sí mismo un verdadero menoscabo* o *lesión* de la *seguridad* en la existencia del bien o en la tranquila disposición sobre el mismo. Esta posición, que fue mantenida ya por STÜBEL o BINDING, así como por otros autores con menor difusión<sup>24</sup>, ha retomado nueva significación a través de la construcción propuesta por KINDHÄUSER. A partir de la premisa de que la idea tradicional que considera fin de la norma de comportamiento la protección de los bienes frente a lesiones no resulta útil para fundamentar de manera satisfactoria la antijuridicidad material de los delitos de peligro —ya que el comportamiento prohibido por estas normas no se define por la causación de una lesión a un bien jurídico y la producción de tal resultado es sólo contingente—, se hace necesario recurrir a otra idea para tal justificación. Esta se opera a través de la consideración de que lo que se trata de conjurar a través de los delitos de peligro es otra forma de daño *sui generis* con una lesividad propia e independiente, que no se define como estado previo a la lesión, sino que supone afectar a la posibilidad de disponer de los bienes de forma segura. Por tanto, junto a la protección de la integridad de los bienes jurídicos hay que proteger también la garantía de la posibilidad de una disposición segura sobre los mismos<sup>25</sup>. En el caso de los delitos de peligro concreto se afecta a ésta por la indefensión aguda que supone producir una situación en la que el bien ya no puede proteger-

---

<sup>24</sup> Vid. los planteamientos de autores como ROTERING, *Fahrlässigkeit und Unfallsgefahr*, Berlin 1892, p. 5; ZUCKER, *Der ursächliche Zusammenhang zwischen Delict und Strafe*, GS 44 (1891), p. 442 o von BURI, *Über den Begriff der Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen* 1890, GS 44 (1891), p. 325 —que se refieren, respectivamente, al peligro como amenaza que impide el aprovechamiento de la cosa, impedimento del tranquilo disfrute de los bienes jurídicos y protección del sentimiento de seguridad a través de los delitos de peligro—, cuya semejanza con los defendidos actualmente por KINDHÄUSER son evidentes.

<sup>25</sup> Vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), p. 19; el mismo, en Schünemann/Suárez (ed.), *Bausteine* (cit. nota 15), p. 130 s. (= Jornadas Tiedemann, p. 448 s.).

se de modo final con los medios del ámbito de organización al que pertenece; la situación que se da en los delitos de peligro abstracto supone, en cambio, la afectación de las *condiciones de seguridad heterónomas* necesarias para posibilitar la segura y despreocupada disposición de los bienes<sup>26</sup>.

En lo que aquí interesa, por tanto, se trata de fijar la específica lesividad del comportamiento tipificado en un delito de peligro abstracto sobre la base de entender que se produce una efectiva puesta en peligro, concebida como un *injusto de resultado*<sup>27</sup> que no supone un peligro concreto, sino el menoscabo de *una concepción de protección tipificada* a través del establecimiento de *estándares de seguridad*, cuya existencia es necesaria para una disposición racional de los bienes. En definitiva, el comportamiento típicamente peligroso excluye o disminuye las expectativas en la disposición despreocupada de bienes y el aseguramiento de la compensación normativa que pretende proporcionar tranquilidad es también fin de la norma sancionadora, en la medida que ésta ha de procurar la eficacia de la garantía normativa<sup>28</sup>. Su concepción se sostiene también sobre el concepto de *seguridad* al que atribuye una naturaleza práctica y que supone la expectativa objetivamente fundada de un sujeto, que enjuicia racionalmente, de poder utilizar bienes de manera despreocupada, basada en la ausencia de condiciones relevantes para la lesión<sup>29</sup>.

Precisamente la noción de seguridad que propone Kindhäuser es uno de los mayores obstáculos —aunque no el único— para que su construcción pueda abrir una vía que aporte una solución convincente y sólida a los problemas de fundamentación y legitimación de los delitos de peligro abstracto. Desde su punto de vista, resulta indiferente que el comportamiento concreto del autor carezca de lesividad o pueda llevar a la lesión de un bien jurídico, puesto que lo que se le imputa es que con su conducta ha puesto una condición en cuya ausencia debe poder con-

<sup>26</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10) , pp. 214, 279; vid. también el mismo en Schünemann/Suárez, (ed.) *Bausteine*, (cit. nota 15), p. 131 s.

<sup>27</sup> Destaca este aspecto en *Rechtsgüterschutz* (cit. nota 3) , p. 7 s., donde insiste en que la afectación de tales condiciones de disposición despreocupada sobre bienes es algo sustancialmente distinto de la idea de la peligrosidad general a la que la doctrina mayoritaria equipara el peligro abstracto. Vid. también KINDHÄUSER, en Schünemann/Suárez (ed.), *Bausteine*, (cit. nota 15), p. 133 (= Jornadas Tiedemann, p. 451).

<sup>28</sup> Vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10) , pp. 289 ss., con ejemplos con los que quiere destacar que la confianza en la segura disposición de los bienes es una condición básica para el disfrute de los mismos.

<sup>29</sup> Vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), p. 282. Para más precisiones sobre este concepto y la justificación de la seguridad como bien digno por sí mismo de protección vid. *op. ult. cit.*, pp. 283 ss., 287; el mismo, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 3), p. 9.

fiar un sujeto racional. Al eludir la ausencia de lesividad de la acción individual por la vía de entender que el peligro abstracto no afecta a la *integridad* del bien, sino a la *posibilidad de su utilización sin preocupaciones*, y que siempre que se lleva a cabo el comportamiento típico se produce la perturbación o menoscabo de las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes, se da lugar a una fundamentación formal y circular de estos delitos: la lesión de la seguridad se identifica, en última instancia, con el mero incumplimiento de la regla, del estándar tipificado<sup>30</sup>. La aparente ventaja de esta tesis, esto es, proponer una idea que parece dotar de una lesividad o dañosidad específica a todo comportamiento coincidente con la conducta descrita en el tipo acaba mostrando, en un examen detenido, más allá de la primera impresión favorable, un balance más que discutible. Lo cierto es que la generalización que pretende evitarse y se reprocha a otras fundamentaciones se produce también en ésta: el injusto se agota en la mera contradicción con patrones de seguridad previamente establecidos con carácter general; la seguridad se entiende lesionada automáticamente por la realización de una conducta también en la medida en que pertenece a una determinada clase de comportamiento definido previamente como perturbador *per se*, entendiendo además que tal confianza en la seguridad es defraudada aunque nadie esté haciendo uso de la facultad de disposición del bien jurídico correspondiente y aunque no presente caracteres que permitan afirmar su capacidad para afectar de forma efectiva a la seguridad de un bien. Aunque la lesividad de la conducta se juzgue desde la perspectiva de cualquier potencial víctima, protegiéndose la confianza de cualquier copartícipe en la ausencia de ciertos comportamientos, si la realización de éstos se reputa, de forma automática, como lesión de los parámetros de segura disposición de los bienes, sin consideración a ninguna circunstancia concreta, queda claro que o bien la noción de seguridad que se maneja es *formal* —el mero cumplimiento de un orden preconfigurado— o bien la idea de peligrosidad no puede ser irrelevante en absoluto. La confianza racional en la disposición segura de un bien no puede ser lesionada ni menoscabada si no se trata de conductas que puedan afectar a la seguridad real del mismo y ello sólo sucede con conductas que muestren su carácter peligroso o lesivo de modo que pueda llegar a afectar a la *integridad* del bien. Como se ha puesto de relieve, los comportamientos totalmente carentes de peligrosidad no quedan fundamentados a través de esta idea porque no afectan a la seguridad; sólo puede afirmarse la existencia de un interés justificado en la tranquilidad como derecho que permite exigir la omisión de determi-

---

<sup>30</sup> Así, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 2), pp. 202 ss., destaca esta identificación de la noción de seguridad con la eficacia fáctica de la norma, paralelismo que conduce a una esta circularidad o incluso tautología, según este autor.

nadas acciones, en el caso de que al realizar la correspondiente conducta sean previsibles o al menos no excluibles ciertas amenazas reales a los bienes que están detrás de la seguridad<sup>31</sup>. En suma, esta concepción tampoco está en condiciones de prescindir del concepto de peligrosidad o relevancia lesiva de la conducta si pretende basarse en una noción de seguridad que no se conciba de modo formal y subjetivo. Así pues, formalización, determinación con carácter general y centralizado de la idea de seguridad, y tendencia a una configuración en buena parte subjetiva<sup>32</sup> de la misma, son ingredientes que finalmente no aportan criterios definitivos para la fundamentación y legitimación de la punición de comportamientos carentes de peligrosidad. Tampoco para decidir cuándo procede el refuerzo normativo de la seguridad heterónoma a través de sanciones penales o sólo administrativas. La cuestión de cuando es legítima la intervención penal para dotar de protección a la seguridad se plantea, cuando menos, en los mismos términos que respecto a los bienes jurídicos cuya disposición segura se protege.

## C. EL DESVALOR DE ACCIÓN COMO PARADIGMA DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

### 1. *Introducción*

Las tesis que a través de distintas vías defienden que en los delitos de peligro abstracto sería posible aislar, más allá de la propia acción típica, un desvalor de resultado que, a su vez, se configura de muy diversa manera, no pueden calificarse como mayoritarias. La más tradicional, según la cual el legislador presume la producción de una situación de efectivo peligro para el bien jurídico y en aquel se plasma el desvalor de resultado del injusto de estos delitos, implica problemas teóricos y de carácter pro-

<sup>31</sup> Vid. en este sentido las críticas que se dirigen a las tesis de KINDHÄUSER por parte de ROXIN, *ATI* 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4) § 11/131; FRISCH, *Stree/Wessels FS.*, (cit. nota 9), p. 92; HIRSCH, *Konkrete und abstrakte "Gefährungsdelikte"*, en *Festschrift für Buchala*, Problemy Odpowiedzialności Karnej, Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchaly, Uniwersytet Jagielloński, Krakow 1994, p. 162; vid. también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, (cit. nota 4), p. 265.

<sup>32</sup> Pone de relieve, críticamente, el subjetivismo de la noción de seguridad de KINDHÄUSER, PARODI, *Reati di pericolo*, (cit. nota 6), p. 426, por no permitir distinguir entre lo objetivo del peligro y la tranquilidad psicológica de los individuos. Vid. también MEYER, *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der «abstrakten Gefährungsdelikte» unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*, Münster/Hamburg 1992, p. 150 s. Hay que tener en cuenta, además, la falta de criterios para determinar los parámetros para la tranquila disposición de bienes: ¿qué es necesario para asegurar la confianza de los copartícipes en el ámbito de interacción correspondiente?

cesal y práctico, que no la hacen la preferida por la mayoría de la doctrina<sup>33</sup>. Otros entienden que la propia puesta en peligro abstracta que deriva de la acción ha de considerarse como desvalor de resultado<sup>34</sup>, hablando alguno de un injusto *de resultado* «primario» que estaría representado por tal *peligrosidad* de la propia conducta y a juzgar *ex ante*<sup>35</sup>.

Por el contrario, la mayor parte de las posiciones adoptadas por la doctrina, tanto las que parten de la peligrosidad general como motivo del legislador, como de la presunción de la peligrosidad de la conducta en todo caso, entienden que el injusto de estos delitos está constituido por el *desvalor de la acción*. A partir de ahí se dan diferencias más que significativas entre las diversas construcciones en torno a la configuración de este desvalor de acción y, en definitiva, sobre el injusto de los delitos de peligro abstracto.

## 2. Las tesis del equiparación «formal» a la imprudencia

1. Sin pretender trazar un completo panorama de las variadas concepciones que pueden englobarse en este modelo de constitución del injusto<sup>36</sup>, resulta especialmente interesante la postura de quienes desde un paradigma que centra el injusto de los delitos de peligro abstracto en el desvalor de acción, establecen a este respecto una conexión entre el injusto de estos delitos y la *imprudencia*, adoptando un punto de par-

<sup>33</sup> Los primeros serían, básicamente, la delimitación respecto de los delitos de peligro concreto, la falta de referencia a ese resultado en la descripción típica, así como la presunción en el ámbito de la responsabilidad penal, mientras que los segundos estarían constituidos por las dificultades ligadas a la presunción *iuris et de iure* o, por contra, rebatible en el proceso, con los problemas a su vez teóricos, de garantías y de tipo práctico que ello implica. Vid. supra aptdo. a, y GRAUL, *Gefährdungsdelikte* (cit. nota 16), pp. 194 ss., para más detalle sobre los partidarios de esta postura en la doctrina alemana.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, AT, 1985, pp. 51 ss.; MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg i. Br. 1989, pp. 85 ss., que habla expresamente de «resultado» en los delitos de peligro abstracto que estaría constituido por el riesgo desaprobado de producción de una lesión.

<sup>35</sup> En este sentido vid. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin 1981, p. 76 s., p. 80 s., p. 173 s., p. 356; aunque vid. posteriormente matizado su postura, el mismo, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus*, en: Schünemann, B. (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, p. 106 [= *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (traducción, introducción y notas de J. Silva Sánchez) Madrid 1991, p. 11].

<sup>36</sup> Sobre todas estas posiciones y las anteriormente reseñadas, más detalladamente vid. MENDOZA, *Límites* (cit. nota 15), pp. 192 ss.

tida que estimo correcto. El planteamiento moderno de esta idea tiene su origen en la interpretación, propuesta en un principio por RUDOLPHI, de proceder a una «reducción teleológica» para limitar el ámbito de aplicación de estos delitos y dotarlos de un contenido de injusto que evidencie la relación de la acción punible con el bien jurídico<sup>37</sup>. De acuerdo con su parecer, tal contenido de injusto estaría constituido por el desvalor de acción que se plasmaría en una actuación al menos *imprudente* respecto a la puesta en peligro o la lesión del bien<sup>38</sup>, produciéndose así ya la referencia expresa a la imprudencia, aunque de un modo todavía poco claro y sin equiparar expresamente el injusto del delito de peligro abstracto con el de la imprudencia.

2. Esta aproximación se lleva a cabo de forma completa a través de otras construcciones que, en el seno de la dogmática de los delitos de peligro abstracto, pretenden no ya explicar la clase de comportamientos que normalmente tipifica el legislador como delitos de peligro, sino más allá, encontrar un punto de anclaje para fundamentar el contenido material del injusto específicamente de los delitos de peligro abstracto, identificando éste con el injusto del delito imprudente. En este sentido, HORN propone limitar la punibilidad de la acción abstractamente peligrosa exigiendo la *infracción del deber objetivo de cuidado* respecto a la lesión o al concreto peligro para el bien jurídico; es BREHM quien añade a esto, que el fundamento para el juicio de antijuridicidad es la aptitud cognoscible *ex ante* de la acción para producir una lesión. Según ello, el injusto no se agotaría en la contrariedad a la prohibición, sino que la contrariedad al deber se hace depender de que el sujeto realizara una acción apropiada *ex ante* para lesionar el bien jurídico, y será esto lo que determinará la antijuridicidad del hecho<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Vid. RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen personalen Unrechtslehre*, en Schroeder y Zipf, (ed.), *Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 1972, p. 60, para quien la idea de que en algunos de los delitos de peligro abstracto el peligro no es contenido expreso de la norma y el injusto se daría con la mera realización de la conducta típica sería sumamente criticable, en la medida que no puede sancionarse un comportamiento que carece de un contenido material de injusto (*op. cit.* p. 59).

<sup>38</sup> Vid. RUDOLPHI, *Maurach FS*. (cit. nota 37), p. 60, basándose para su propuesta en alguna de las ideas esbozadas por VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen 1968, p. 103 s., p. 143 s. Hay que señalar, no obstante, que la idea hoy muy extendida en la doctrina de que los delitos de peligro tipifican acciones imprudentes sin resultado de lesión, era ya sostenida por STÜBEL, *NArchCrimR* 1826, § 17, p. 798.

<sup>39</sup> Vid., respectivamente, HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln 1973, p. 22; el mismo, comentarios previos al § 306 ss., n. 17, en Rudolphi, H.J.; Horn, E.; Samson, E., y Günther, H.-L., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, BT, 5.ª ed., Frankfurt a. M. 1995; BREHM, *Dogmatik*, (cit. nota 16), pp. 90 ss., p.126 s.

Esta delimitación del injusto no sería, sin embargo, aplicable a todos los tipos de peligro abstracto, en concreto no a aquellos en los que la norma tiene una función de organización, de mantener regulada una determinada situación, en los que bastaría para la antijuridicidad con una «idoneidad abstracta» que es lesionada por la mera violación de la prohibición. La diferencia de tratamiento entre unos tipos de peligro abstracto y otros pretende apoyarse en la distinción que, en el seno de la filosofía analítica, en la corriente del pensamiento utilitarista, se opera entre utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla, de manera que el primero, que juzga cada acto individual por sus concretas consecuencias, serviría de base para los tipos que protegen bienes jurídicos individuales; el segundo atiende, por contra, a las consecuencias de la generalización de determinada conducta, y en ello quiere encontrar un soporte para las normas que establecen reglas abstractas, vinculantes en todo caso con independencia de que en el caso concreto tuviera sentido como acto individual<sup>40</sup>. Lo cierto es que la distinción aludida, además de ser discutible y atender a una noción de utilidad o de «bien» muy particular, no pretende *prima facie* resolver un problema de coordinación de conductas —que es lo que se pretende estableciendo una directiva de conducta que aspira a que todos sigan la misma regla, como por ejemplo conducir *todos* por la derecha para asegurar la seguridad y fluidez del tráfico rodado—, sino que alude a la cuestión de si es preferible evaluar la *conveniencia* de actuar de determinada forma, tomando en cuenta las consecuencias de cada acto individual, es decir, juzgando en cada caso concreto o, por el contrario, atendiendo a una regla general de actuación para una clase de actos. Esto, sin embargo, no tiene necesariamente que ver con las consecuencias que puede tener la *generalización* de determinada regla como norma de conducta vinculante para todos, como la construcción de BREHM presupone. La cuestión más bien tiene que ver, en primer lugar, con toda la problemática ligada a la *racionalidad* del seguimiento de reglas en general, cuestión que excede lo que puede tratarse en esta sede. En segundo término y más importante para nuestra discusión, es ya en el terreno del establecimiento de una norma penal, las razones que pueden alegarse para justificar el establecimiento de reglas con una función meramente organizativa que sancionen el mero incumplimiento de la regla de conducta, con independencia de que en el caso concreto de tal incumplimiento no pudiera derivarse ninguna consecuencia indeseable para el bien protegido, cuya evitación constituye precisamente el fin de protección de la norma. En materia de normas propiamente penales no resulta evi-

---

<sup>40</sup> Vid. BREHM, Die ungefährliche Brandstiftung, *JuS* 1976, p. 24.

dente la racionalidad de seguir la regla de conducta en todo caso, esto es, de procurar la automatización de comportamientos<sup>41</sup> incluso cuando no fuese necesario en el caso concreto para atender a la finalidad de protección; esto supone sacrificar la libertad de actuación, o imponer el coste de la pena por la mera violación a la regla, sin consideración a si *materialmente* la conducta debía ser omitida para atender a la finalidad de protección que es lo que justifica el establecimiento de reglas de conducta sancionadas con pena.

3. No pretende negarse que la cuestión es opinable, pues también otros autores se muestran favorables a la tipificación de reglas con una función organizativa en las que no se considera conveniente ningún tipo de restricción del ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto<sup>42</sup> —así en el caso de las «acciones en masa» en las que resultaría justificado automatizar tales conductas con rígidas reglas de comportamiento—. Uno de ellos es SCHÜNEMANN, quien también parte de la distinción de diversos subgrupos de delitos de peligro abstracto, reconduciendo algunos a la imprudencia, aunque exigiendo en este caso la infracción del deber *subjetivo de cuidado*<sup>43</sup>, en la medida en que entiende que la caracterización propia de los delitos de peligro abstracto es la de lo que podría designarse como una «tentativa» imprudente, esto es, la de quien actúa sin asegurarse desde su perspectiva que cumple con las precauciones necesarias para excluir toda posibilidad de daño. No resulta difícil apreciar que este entendimiento de los delitos de peligro abstracto, más que una propuesta de interpretación restrictiva de los mismos, supone anticipar aún más las fronteras de la punibilidad

---

<sup>41</sup> En un sentido crítico con esta idea vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, (cit. nota 4), p. 324 s.; vid. también, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), p. 269, nota 25, en referencia específicamente a las llamadas acciones en masa en las que se quiere basar en razones de aprendizaje y automatización de conductas la vinculatoriedad en todo caso de la regla; MEYER, *Gefährlichkeitsdelikte*, (cit. nota 32), p. 147; FRISCH, *Stree/Wessels FS.*, (cit. nota 9), p. 92.

<sup>42</sup> Vid. en este sentido, en la doctrina española CUELLO CONTRERAS, *PG*, (cit. nota 4), p. 415 s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el CP*, Madrid 1999, p. 54, defendiendo también el establecimiento de delitos de peligro abstracto para regular aquellas actividades cuya adecuada organización requeriría la estandarización de conductas y contrario en general a que el juez haya de verificar la peligrosidad de la conducta en estos delitos, ya que entiende que la decisión de castigarla en todo caso la adoptó ya el legislador (*op.cit.*, p. 56). En la alemana, se muestran a favor de la vinculatoriedad en todo caso de normas con función de organización, JAKOBS, *AT* (cit. nota 2), § 6/88; ROXIN, *AT I*, 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), § 11/133; JESCHECK/WEIGEND, *AT* 5.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), p. 265, nota 45; LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 2), pp. 185 ss., 240, quien considera que en general las prohibiciones de los tipos de peligro abstracto eliminan la competencia del individuo para juzgar la peligrosidad concreta de su comportamiento.

<sup>43</sup> Vid. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, (cit. nota 4), pp. 798

hasta el punto de proponer *lege ferenda* la punición general de la figura de la «tentativa imprudente», incluso cuando objetivamente no fuese idónea por ser conforme al deber objetivo de cuidado, lo cual parece desmesurado, tanto por razones dogmáticas como político-criminales<sup>44</sup>.

4. En una línea similar a la de SCHÜNEMANN, abunda HOYER en la misma idea de la necesidad de penalizar determinadas formas de conducta en todo caso, automatizando ciertos comportamientos para evitar el riesgo de dejar la integridad del bien en manos de la competencia o incompetencia del sujeto para evaluar la situación, extendiendo así a todos los delitos de peligro la idea de que el fundamento de éstos sería este «riesgo de error» que sólo puede ser evitado omitiendo en todo caso el comportamiento<sup>45</sup>. En realidad, se hace patente el fundamento subjetivo de tal castigo cuando se dice que éste se hallaría no en la objetiva peligrosidad del comportamiento, sino en que el sujeto no atiende al requerimiento de automatización del comportamiento que le dirige la ley, es decir, la idea de desobediencia, así como la de la peligrosidad del autor, que podría haber evaluado erróneamente la ausencia de peligrosidad de la conducta. Un planteamiento semejante no atiende ni al principio de fragmentariedad ni al de intervención mínima y *ultima ratio*, castiga comportamientos no en atención a su peligrosidad objetiva para bienes protegibles, sino meras desobediencias sin desvalor objetivo de acción ni desvalor de resultado, y considera además punibles comportamientos que, siguiendo las reglas que rigen los casos de error, deberían considerarse impunes<sup>46</sup>.

5. Por su parte ROXIN considera básicamente aceptable la propuesta de SCHÜNEMANN, tanto en lo que se refiere a considerar decisiva la infracción *subjetiva* del deber de cuidado, aunque no se infrinja el cuida-

---

<sup>44</sup> Especialmente crítico con esta propuesta de SCHÜNEMANN, vid. HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 8), p. 35 s. En general, en un sentido limitador de la punición de las conductas imprudentes no seguidas de un resultado, vid., LUZÓN, PEÑA, *PG*, (cit. nota 4), pp. 331, 358, 512 y 525; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid 1984, p. 61 y nota 97; TORÍO LÓPEZ, *Delitos de imprudencia*. Cuestionario de la reforma, en *Estudios en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid 1996, p. 5196; vid. también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, (cit. nota 4), p. 7; la misma, *Voz* «Delitos de peligro», *Enciclopedia Jurídica Básica*, (cit. nota 4), p. 2078, 2080; DOVAL, «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXXVI, 1994, p. 44 s.; el mismo, *Delitos*, cit., p. 243 y s.

<sup>45</sup> Vid. HOYER, «Zum Begriff der «abstrakten Gefahr»», *JA* 1990, p. 185 y s.

<sup>46</sup> Acertadamente, se muestra en contra de la tipificación de delitos de peligro abstracto como expediente a través del cual evadir problemas que plantea el ámbito subjetivo y, especialmente, para evitar así la impunidad en caso de error del autor al valorar la inidoneidad de su acción, FRISCH, *Stree/Wessels FS.*, (cit. nota 9), p. 93.

do debido objetivamente, como en no considerar necesaria restricción alguna en la punición en todo caso de acciones en masa por razones didácticas<sup>47</sup>. Su posición, no obstante, no deja de presentar toques eclécticos, al mostrarse también partidario de evitar los delitos de peligro abstracto «clásicos», sustituyéndolos por delitos de aptitud, sugiriendo que esta misma restricción podría incluso obtenerse *lege lata* si se hace depender la punibilidad de estos delitos de la existencia de una conducta imprudente. Ahora bien, si realmente pretende limitarse el ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto, parece necesario renunciar a rígidas reglas de comportamiento y propiciar, en cambio, una constatación en cada caso individual de la concurrencia de la imprudencia.

6. Precisamente lo *objetable* de esa tesis de la reconducción del injusto de algunos delitos de peligro abstracto a la del delito imprudente, es que tal *identificación no se lleve hasta el final*: esto es, que no se exija que la existencia de la infracción del deber de cuidado se determine *individualmente* en el caso concreto. La materialización del injusto de los delitos de peligro abstracto a través del recurso a la imprudencia sólo tiene sentido si esa equiparación es real, determinándose la infracción del deber de cuidado, y por tanto la *peligrosidad* de la conducta no de forma general, sino de *forma individual*, al igual que en los delitos imprudentes.

Esto último es lo que ha defendido en nuestra doctrina SILVA, quien destaca que aunque ciertos delitos de peligro constituyen modalidades de hechos imprudentes sin resultado lesivo o peligroso, ello no quiere decir que toda realización «aparente» del tipo suponga igualmente su realización «efectiva», por lo que considera exigible atender a criterios individuales y materiales para afirmar la realización del tipo, esto es, la necesidad de la *peligrosidad ex ante* de la conducta como *elemento del tipo* objetivo<sup>48</sup>. No cabe duda que el posicionamiento de SILVA en el seno

---

<sup>47</sup> Vid. ROXIN, AT I, 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), § 11/133; vid también el mismo, *Política criminal y estructura del delito*. Elementos del delito en base a la política criminal (traducción de J. Bustos y H. Hormazábal), Barcelona 1992, p. 51.

<sup>48</sup> SILVA, Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.º del CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), *Derecho de la circulación*, Madrid 1993, p. 156 —en referencia al art. 340 bis a) 1.º ACP; en un sentido generalizador, extendiendo esta interpretación al conjunto de los delitos de peligro abstracto, el mismo, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325, I y II, *La Ley* 1997, 3, pp. 1714 y ss., p. 1716; el mismo, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 1999, p. 104 s. reiterando su rechazo a exigir responsabilidad penal por un peligro meramente presunto o estadístico en un Derecho penal protector de bienes.

de nuestra doctrina es uno de los más críticos con el empleo indiscriminado del delito de peligro abstracto sin restricción y más atento a los problemas dogmáticos y de legitimidad que ello conlleva y que aquí se señalan<sup>49</sup>.

7. La exigencia de la peligrosidad *ex ante* como característica limitadora de los delitos de peligro abstracto, interpretada como exigencia de infracción del deber de cuidado en relación con la eventual lesión del bien jurídico es también la interpretación que para los tipos de esa clase dirigidos a la tutela de bienes jurídicos individuales propugna RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Sin embargo, además de no considerar esta restricción aplicable a aquellos tipos que protejan bienes jurídicos supraindividuales inmatrimoniales —interpretados como delitos de lesión del bien intermedio—, entiende que tal infracción del cuidado debido se daría con la realización de la conducta descrita en el tipo, por delimitar ésta el riesgo permitido con carácter general<sup>50</sup>; de este modo el binomio peligrosidad-imprudencia se entiende indisolublemente unido a la realización de la acción descrita en el tipo, salvo que previa o simultáneamente a ello se hayan adoptado por el autor o un tercero medidas excepcionales que excluyan la peligrosidad de la conducta *ex ante*<sup>51</sup>.

8. Igualmente considera CORCOY básicamente correcto el planteamiento de hacer depender la relevancia penal de la conducta del sujeto de la infracción del cuidado debido, ya que el injusto objetivo supone siempre la creación de un riesgo grave para un bien jurídico o la falta de control de un riesgo que sea equiparable a su creación, de modo que es preciso constatar en todo caso la existencia de un peligro *ex ante* de lesión como denominador común de todo delito<sup>52</sup>. Su propuesta de interpretación de la categoría de los delitos de peligro parte, sin embargo, de la negación de que supongan la anticipación de la tutela penal, entendiendo, por el contrario, que la afectación de los bienes jurídicos

---

<sup>49</sup> Vid. en este sentido, SILVA *La Ley* 1997, 3, (cit. nota 48), pp. 1714 ss.; el mismo *La Expansión*, (cit. nota 48), p. 104 s., 110 ss.

<sup>50</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, (cit. nota 4), p. 310 s.; la misma Voz «Delitos de peligro», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, (cit. nota 4), p. 2070.

<sup>51</sup> Hay que tener en cuenta, sin embargo, que puede faltar la peligrosidad del comportamiento por las propias características individuales del hecho concreto y no por medidas excepcionales, y no se puede negar en ocasiones la realización voluntaria o intencional de la acción, de modo que no esta la única excepción que habría de preverse. Además hay que aclarar a quien incumbe en este caso la prueba de que se tomaron tales medidas excepcionales para excluir el riesgo y negar así la tipicidad.

<sup>52</sup> Vid. CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia 1999., pp. 40 ss., aunque no es el núcleo de la construcción de esta autora y también refiere objeciones a las tesis de la imprudencia (vid. *op. cit.*, p. 216).

de carácter supraindividual con autonomía y naturaleza propia a cuya protección sirven los delitos de peligro, dotaría de un contenido de injusto propio a estos delitos, probando así también su legitimidad<sup>53</sup>.

### 3. *La equiparación real con la imprudencia*

Como balance final de las tesis que proponen la reconducción del injusto de los delitos de peligro abstracto a la imprudencia, hay que poner de relieve que finalmente no añadirían nada verdaderamente decisivo frente a las tesis generalizadoras, si se considera que la mera realización de la conducta descrita en el tipo entraña *por sí misma* la infracción del deber de cuidado, porque ésta se encuentra genérica y específicamente tipificada en el tipo de peligro. Es necesario destacar que la infracción de la regla de conducta no tiene por qué suponer *necesariamente y en todo caso* una peligrosidad efectiva de la conducta —incluso juzgada *ex ante*—. La infracción formal de un deber de cuidado genéricamente establecido como límite del riesgo general permitido no entraña, en todo caso, la creación de un riesgo efectivo para el bien jurídico, ni siquiera la realización de una conducta peligrosa *ex ante*. Así, quien despacha un medicamento distinto al de la receta (art. 343 ACP 1973) pero con la misma o muy similar composición, sabiendo que tal sustitución no entraña riesgo alguno, violará la norma, pero lo cierto es que no puede afirmarse, conforme a un juicio de previsibilidad objetivo *ex ante*, que la conducta pueda poner en peligro el bien jurídico protegido.

Por tanto, lo decisivo aquí sería preguntarnos qué significa afirmar que se ha infringido el cuidado objetivamente debido respecto a la posible puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico que la acción concreta, de forma objetivamente previsible, no *podía poner en peligro*. En definitiva, no se avanza mucho si se dice que el injusto objetivo tiene como contenido material la infracción del cuidado debido que, sin embargo, se afirma respecto de una acción que para cualquier espectador objetivo *ex ante* con los conocimientos del autor no podía poner en peligro el bien jurídico<sup>54</sup>. Pretendiendo aportar un

---

<sup>53</sup> En este sentido CORCOY, *Delitos*, (cit. nota 52), pp. 44, con nota 55, 49, 53 ss., p. 218 s.

<sup>54</sup> En un sentido similar, criticando la forma de plantear la equiparación de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto con la infracción del deber de cuidado, vid. BACIGALUPO, *Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas*, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid 1994, p. 162 s.; CORCOY, *Delitos*, (cit. nota 52), p. 200 quien, acertadamente, pone de manifiesto que una acción

criterio *material* para la delimitación del contenido de injusto de los delitos en cuestión, se acaba interpretando aquel de manera *formal*, sin llegar hasta el final en la materialización a través de la consideración individual del injusto del hecho concreto, como se hace respecto de cualquier otra clase de delitos. De modo que para que esta tesis añada algo definitivo a la constitución del injusto de los delitos de peligro abstracto ha de establecerse a través de un *juicio individual* la verdadera infracción del deber de cuidado que atienda a juicio de previsibilidad del posible resultado en el caso concreto y determine el incumplimiento o no por parte del autor de las exigencias derivadas del deber de cuidado en consideración a las circunstancias concretas. Llevando pues esta identificación hasta sus últimas consecuencias este criterio puede ser realmente determinante para dotar de un contenido de injusto material adecuado a los delitos de peligro abstracto.

#### 4. El formalismo de Jakobs

1. No parece, en cambio, una vía muy fructífera a tal fin, la concepción sobre los delitos de peligro abstracto mantenida por JAKOBS, que parte de la necesidad de recurrir a éstos para organizar un determinado ámbito social a través de la estandarización de conductas<sup>55</sup>, y aprueba que gran número de delitos de peligro abstracto funcionen como delitos de mera desobediencia, en los que el carácter perturbador del comportamiento se determina de manera generalizada, de modo que el peligro abstracto o la peligrosidad del comportamiento no desempeña ningún papel en el tipo de injusto<sup>56</sup>. Su tesis de asumir la necesidad del mero ejercicio de la observancia a la regla aun a pesar de la evidente falta de peligrosidad del comportamiento, no resulta sin más evidente, teniendo en cuenta que el propio JAKOBS ha reconocido que el mero ejercitar la regla no resulta racional cuando el riesgo está excluido o no resulta previsible, lo que conlleva como posibles consecuencias indeseables una relativización de la vigencia de

---

abstractamente peligrosa no supone por sí sola la infracción del cuidado debido, ya que el deber objetivo de cuidado no tiene un carácter vinculante general sino individual.

<sup>55</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, (cit. nota 2), § 6/86 a; el mismo, *ZStW* 97 (1985), (cit. nota 23), p. 767 (= *Estudios*, p. 307) donde expone las razones para recurrir a esta estandarización de conductas; vid. también, el mismo, *La Imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1996 (trad. M. Cancio), pp. 124 y ss.

<sup>56</sup> Vid. JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), (cit. nota 23), p. 766 s., con nota 20 (= *Estudios*, p. 307).

las normas y la tendencia a determinar individualmente, descentralizadamente, lo que es necesario para la protección de los bienes jurídicos<sup>57</sup>. En este sentido, lo que no resulta racional para un sujeto cualquiera que va a actuar, no parece que pueda constituir una razón de peso para observar la regla, si ello parece inútil en el caso concreto en relación con la finalidad general que persigue el establecimiento de la regla. A este respecto, el carácter meramente secundario que se le quiere otorgar a la función de ejercitación en la fidelidad a la norma dentro del sistema de JAKOBS<sup>58</sup>, pasa a un primerísimo plano en materia de delitos de peligro abstracto. Desde un punto de vista que no quiere preterir la perspectiva de la finalidad de protección específica de la norma penal como contrapartida a la restricción de derechos que supone el establecimiento de las mismas, no parece compatible en el plano del deber ser la afirmación de que la prohibición de la puesta en peligro abstracta *discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo*<sup>59</sup>, ni que en ella se trate —o se deba tratar— más del mantenimiento de la vigencia fáctica de la norma que de la preservación o la garantía de la seguridad de ciertos bienes. Resumiendo: la visión de la ejercitación *per se* de la obediencia a la norma, sin fundamentar la necesidad de sancionar penalmente su incumplimiento más allá de la mera infracción de la regla y aunque estén excluidos riesgos para los bienes de los partícipes, no parece un argumento sin más evidente para fundamentar el recurso a sanciones *específicamente penales*.

<sup>57</sup> Reconoce esto último en Die Fahrlässigkeitsdelikt, Deutsche Strafrechtliche Landsreferate zum IX Int. Kongress für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, *Beiheft ZStW* 86 (1974), p. 39 y s. (= *Estudios*, cit., p. 194 s.). Sin embargo en su posterior Tratado, sostiene que ha de exigirse la obediencia en todo caso, a pesar de que sea evidente la falta de peligrosidad, cuando sea necesario ejercitar el cumplimiento de la regla porque la prohibición que contienen los delitos de peligro abstracto definen una perturbación de la vida social que, por tanto, se dará con la mera puesta en práctica de la conducta típica (vid. *AT* (cit. nota 2), § 2/25 a ss., 6/88; el mismo, *Imputación objetiva*, (cit. nota 55), p. 125).

<sup>58</sup> Apuntando en este sentido, vid. PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de G. Jakobs (Estudio preliminar) en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 19, así como MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 2), p. 146 s., discípulo del propio JAKOBS.

<sup>59</sup> Afirmación tajante de JAKOBS, *Imputación objetiva*, (cit. nota 55), p. 129, que supone la completa improcedencia de cualquier tipo de interpretación limitadora o restrictiva, incluso la que exige la infracción del deber de cuidado, pues ello haría perder ejercitación en la observancia de las reglas (vid. el mismo, *AT*, (cit. nota 2), § 6/88, con nota 177), exigencia que sólo sería planteable en algunos supuestos problemáticos con un marco penal mínimo elevado y en los que no se trate ni de delitos en los que es necesaria la observancia en todo caso de la regla, ni de aquellos que tutelan la función representativa de un objeto (*AT*, (cit. nota 2), § 6/89).

En cuanto a las ideas planteadas por JAKOBS en el terreno de lo que él mismo ha denominado delitos de peligro abstracto de un Derecho penal del «enemigo»<sup>60</sup>, puede parecer plenamente compartible la idea de que atenta contra un Derecho penal del ciudadano la punición de conductas cuyo carácter perturbador se determina fundamentalmente tomando en cuenta la —supuesta— intención del autor, pero del mismo modo parece propio de un Derecho penal del enemigo e impropio de un Derecho penal del ciudadano determinar lo que constituye una arrogación de una organización ajena, o el carácter perturbador de una conducta y, en definitiva, la *existencia de un injusto penal*, mediante *generalizaciones sin excepción*, criterios *centralizados* y meras *infracciones al estándar*.

2. En lo que se refiere a su concepción sobre los delitos de peligro abstracto las tesis de MÜSSIG resultan plenamente identificables con las de JAKOBS en cuanto a su consideración como meros delitos de desobediencia en los que solamente se trata de ver la congruencia de la realización de la conducta con estándares positivizados<sup>61</sup>, aceptando que no se tome en cuenta la ausencia de peligrosidad de la conducta. Sin embargo y aunque JAKOBS no es totalmente indiferente a los posibles problemas de legitimidad —especialmente en determinados ámbitos— MÜSSIG plantea abiertamente la cuestión de la relación de tensión en la que se encuentra la *incriminación* de delitos de peligro abstracto con la libertad personal, reconociendo abiertamente que este tipo de delitos constituyen un instrumento jurídico-penal problemático lo que obliga para su legitimación a ser exigentes para afirmar el merecimiento de su punición<sup>62</sup>.

## 5. La optimización de la protección de bienes

Otras interpretaciones aún más formales y no restrictivas de los delitos de peligro abstracto, que se quieren amparar en la idea de optimizar la protección de bienes jurídicos, no son más que una muestra de cómo este principio puede ser empleado en un sentido criminalizador que quiere llevar el pensamiento preventivo a sus últimos extremos, —lo que resulta palmario en propuestas como la que hace KRATZSCH<sup>63</sup>—,

---

<sup>60</sup> Vid. JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), (cit. nota 23), *passim* y especialmente pp. 784 s. (= *Estudios*, (cit. nota 23), pp. 303 ss.); vid. también, el mismo, *Sociedad*, (cit. nota 13), p. 49.

<sup>61</sup> MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 2), p. 199.

<sup>62</sup> Vid. MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, (cit. nota 2), pp. 196 s., p. 240.

<sup>63</sup> Vid. *Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzanwendung*, Berlin/München 1985, *passim*, vid. especialmente pp. 110 ss., 119 s. donde propone su ya conocida idea de que el principio básico del Derecho penal sería el de protección de bienes

o cómo se subjetiviza la noción de ataque o menoscabo del mismo —lo que ocurre en la concepción de BERZ<sup>64</sup>—. Ambos son supuestos paradigmáticos de la utilización del principio de protección de bienes jurídicos de manera expansiva y en lo que se refiere a la posición de KRATZSCH, a pesar de mostrar puntos sugerentes, no sólo resulta poco apropiada para una interpretación restrictiva del ámbito de lo punible en los delitos de peligro abstracto, sino más allá de la propia tarea asignada al Derecho penal<sup>65</sup>. Entiendo que esta razón de peso y la circunstancia de haberme ocupado más pormenorizadamente en otro lugar del análisis de estas posiciones y de las razones que llevan a su rechazo, me exoneran de un tratamiento más detenido en este lugar.

## 6. Perspectivas materializadoras

1. Frente a estas posiciones que he denominado *formales* parecen ofrecer más posibilidades de llegar a una solución que posibilite una punición dentro de límites consecuentes, toda una serie de construcciones doctrinales que, desde presupuestos o puntos de partida *materializadores*, consideran necesario para afirmar el injusto típico de los delitos de peligro abstracto, más allá de la peligrosidad *general* del comportamiento, que éste muestre una *peligrosidad ex ante* en el caso individual. Pueden englobarse dentro de este planteamiento propuestas como la que cristalizó en los llamados «delitos de riesgo de nuevo tipo» del Proyecto Alternativo alemán<sup>66</sup>, aquellas que consideran que tal *peligrosidad* de la *acción* o desvalor de peligrosidad es elemento constituti-

---

jurídicos a través del dominio del azar; vid. también rechazando la posibilidad de atender a la ausencia de peligrosidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, el mismo, *JA* 1983, p. 428. Vid. también, el mismo, *Zum Erfolgsunrecht der schweren Brandstiftung*, *JR* 1987, pp. 360 y ss.; *Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährungsdelikten*, *JuS* 1994, pp. 375 ss.

<sup>64</sup> Vid. BERZ, *Tatabestandsverwirklichung*, (cit. nota 20), pp. 110 ss.

<sup>65</sup> Teniendo en cuenta que pretende alcanzar a través del Derecho penal una protección total y sin lagunas de los bienes jurídicos y que considera que la función de los delitos de peligro abstracto es evitar los daños que pueden venir provocados por riesgos atípicos determinados por el azar [vid. KRATZSCH, *Verhaltensteuerung*, (cit. nota 63), p. 229]; vid. a este respecto, las críticas que dirigen a su planteamiento autores como KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 10), pp. 271, con nota 1; NEUMANN, *Recensión a Kratzsch, Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, *GA* 1987, pp. 278 ss.; MARTIN, *Strafbarkeit*, (cit. nota a34), p. 81; HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 8), p. 39 s.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993., p. 349.

<sup>66</sup> Vid. los §§ 151 y 157 del Proyecto Alternativo de CP alemán y la fundamentación de los mismos que ahí se hace [Tit. 9 (Personengefährdungen), *Alternativ Entwurf*,

vo del injusto<sup>67</sup>, o aquellas, finalmente, que entienden que este planteamiento es aplicable sólo a un grupo de tipos de peligro abstracto y es el deseable *lege ferenda* para toda la categoría, pero no es predicable *lege lata* de todos los tipos que podemos calificar de delitos de peligro abstracto en sentido amplio<sup>68</sup>.

---

B. T. Straftaten gegen die Person, Zweiter Halband, Tübingen 1971] configurados a través de la tipificación de un comportamiento generalmente peligroso a lo que se añadía la cláusula negativa de que en el momento de emprender la acción *no pudiera excluirse* una lesión de los bienes jurídicos protegidos; sobre ello vid. Armin KAUFFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergranverfahren*, JZ 1971, pp. 576; HORN, *Gefährungsdelikte*, (cit. nota 39), p. 2, p. 216; BREHM, *JuS* 1976, (cit. nota 40), p. 23. En la doctrina italiana abordan también el análisis de esta propuesta, FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, en *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, en *Tommaso Natale*, pp. 188 s.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: I reati di pericolo e i reati di attentato*, *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 1986, pp. 725 s.; PARODI, *Reati di pericolo*, (cit. nota 6), pp. 415 ss.

<sup>67</sup> En esta dirección en la doctrina alemana, la construcción de MEYER, *Gefährlichkeitsdelikte*, (cit. nota 32) *passim*, especialmente pp. 180 ss., 213, quien, de acuerdo con la función de protección de bienes jurídicos asignada al Derecho penal, exige en todo injusto penal una referencia objetiva y negativa con el bien jurídico y, consecuentemente interpreta el injusto de los delitos de peligro abstracto como un *injusto de peligrosidad*. Éste supone la idoneidad, aptitud o tendencia de una acción para lesionar y, a diferencia del juicio sobre la concreta puesta en peligro, no depende de la presencia de un objeto que pueda ser lesionado ni se enjuicia *ex post*, sino *ex ante*. En nuestro país mantiene una posición inequívoca en cuanto a la exigencia en todo caso de la peligrosidad *ex ante* de la conducta individual, SILVA, *Derecho de la circulación* (cit. nota 48), pp. 153, 157 s. con nota 37; *La Ley* 1997, 3 (cit. nota 48), p. 1997, p. 3, p. 1716; CORCOY, *Delitos*, (cit. nota 52), p. 143, quien considera que en todo delito de peligro la antijuridicidad material requiere la concurrencia de un «peligro objetivo idóneo» desde una perspectiva *ex ante* y p. 150 con nota 314, considerando que no es admisible la comprensión de los delitos de peligro abstracto como delitos formales o de mera desobediencia en los que no se considere necesario realizar un juicio sobre la existencia de peligro *ex ante* y un posterior «juicio de imputación *ex post* en el que se constate la existencia de un peligro idóneo imputable a un comportamiento». Recientemente también TERRADILLOS, *Peligro abstracto y garantías penales*, en Quintero y Morales (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona 2001, pp. 787 ss., 801 s., en la línea de exigir también en los delitos de peligro abstracto un peligro real para no «volatilizar» la exigencia de ilicitud material.

<sup>68</sup> Los autores que mantienen básicamente esta postura, a la que se añaden diferentes particularidades, son numerosos tanto en la doctrina española como en la alemana. Así uno de los primeros en nuestro país en sostener esta idea fue TORÍO, *ADPCP* 1981 (cit. nota 4), pp. 825 ss., pero sus partidarios no hacen mas que crecer con el tiempo, en este sentido, entre otros, y con algunas diferencias entre ellos, además de la defensa de esta postura en autoras ya mencionadas como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, (cit. nota 4), pp. 310 s., y CORCOY, *Delitos*, (cit. nota 52), pp. 40 ss.; vid. CEREZO, *PG II*, 6.<sup>a</sup>, (cit. nota 1), p. 116, como propuesta *lege ferenda*; MIR, *PG* 5.<sup>a</sup> (cit. nota 4), pp. 209 s., con nota 32, aunque exige en todo caso un peligro *ex ante*, no deja claro que haya de probarse en cada caso individual este elemento, sino que no se haya probado la ausencia de peligrosidad del comportamiento, sin explicitar a quien

En suma, puede decirse que la exigencia de una peligrosidad *ex ante* de la concreta conducta como característica de cierto grupo de tipos —de aptitud o idoneidad, de peligro hipotético o de peligrosidad concreta— encuadrables en principio en la categoría de los delitos de peligro abstracto, se ha planteado como elemento que bien puede «agregarse» legislativamente a los delitos de peligro abstracto puro para así enriquecerlos, transformándolos y eliminando en una perspectiva *lege ferenda* el tipo de peligro abstracto puro como técnica de tipificación de conductas penalmente relevantes, o bien, yendo un paso más lejos, como criterio que puede exigirse interpretativamente de todo delito de peligro abstracto para eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración *ex ante*. Esta última propuesta supone reinterpretar en clave teleológica estos delitos, buscando una solución coherente y sostenible desde los postulados dogmáticos y de justificación de la intervención penal acordes con el modelo de Derecho

---

incumbe la carga de tal prueba.; BACIGALUPO, *Estudios* (cit. nota 54), p. 100, sólo en relación con los delitos de tráfico de drogas, afirmación que no extiende con carácter general a todos los delitos de peligro abstracto en *Principios de Derecho Penal: Parte General*, 5.ª ed., Madrid 1998, pp. 155 ss.; LAURENZO, *Resultado en Derecho Penal*, Valencia 1992, pp. 178 ss.; MAQUEDA, La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de CP de 1992, *AP* 1994, pp. 485 ss.; 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. Casabó*, vol. I, Valencia 1997, p. 492, en referencia al grupo de los delitos de peligro hipotético; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3.ª ed., Barcelona 1998, pp. 126, 142 ss.; DOVAL PAÍS, *Delitos* (cit. nota 4), p. 332 s.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro* (cit. nota 18), pp. 43, 160 ss. que, más bien, rechaza todos los delitos de peligro abstracto y exige siempre la comprobación de la existencia de un resultado peligroso (op. ult. cit., p. 153 y s.). En la doctrina alemana, fundamentalmente, FRISCH, *Stree/Wessels FS.*, (cit. nota 9), p. 93, quien propone eliminar los delitos de peligro abstracto «puro» o clásicos y convertirlos en delitos de aptitud; el mismo, *Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafrechtsgesetzgebung*, en Eser, A./Kaiser, G./Weigend, E. (ed.), *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht: kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder*, Freiburg i. Br. 1993, pp. 214 ss.; HIRSCH, *Festschrift für Buchala*, (cit. nota 31), p. 20, proponiendo la transformación *lege ferenda* de los que él llama delitos de peligrosidad abstracta —equivalentes a los mal llamados en alemán delitos de «abstracta puesta en peligro», es decir, los clásicos delitos de peligro abstracto— en lo que denomina delitos de *peligrosidad concreta* que exigen una peligrosidad concreta valorada *ex ante* y no sólo la peligrosidad general o típica de la clase de comportamiento y mostrándose contrario a que los delitos de peligrosidad abstracta en la medida en que su injusto es una infracción de desobediencia formen parte del Derecho penal. Contrario a una interpretación limitadora de los delitos de peligro abstracto que exija la peligrosidad de la conducta en todo caso, pero favorable a que los delitos de peligro abstracto clásicos sean excepcionales y se tipifiquen preferentemente delitos de aptitud, LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 2), pp. 481, 486 s.; ZIESCHANG, *Gefährungsdelikte* (cit. nota 2), pp. 380 ss., siguiendo una diferenciación de subcategorías y una propuesta final similar a la de HIRSCH.

penal constitucional avanzado de un Estado de Derecho. Conforme a ella, los delitos de peligro abstracto son delitos de *conducta peligrosa ex ante* en los que la concurrencia de ésta ha de comprobarse en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que forma parte del desvalor de acción y en los que, por tanto, no se exige ni la producción de un peligro concreto —a constatar *ex post*—, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta.

2. En contra de esta interpretación se objeta que va muy lejos y comporta una transformación *lege lata* de todos los tipos de peligro abstracto en delitos de aptitud<sup>69</sup>, lo cual puede ser cierto aunque, como se ha dicho antes, el entendimiento habitual de los delitos de peligro abstracto no deja de ser también una interpretación doctrinal y jurisprudencial de los mismos, no exenta de los graves inconvenientes que también se han señalado al inicio de este trabajo y para los cuales pretende encontrarse precisamente una solución. En cambio, no puede argüirse la falta de claridad del papel de la peligrosidad en el tipo y los posibles problemas de que el dolo o la imprudencia vayan referidos a la misma. Entiendo que no hay mayores inconvenientes en afirmar que la comisión dolosa del tipo de peligro abstracto supone obrar con dolo respecto a la puesta en práctica de la conducta típica con consciencia de su peligrosidad, a pesar de que éste elemento no esté expresamente exigido en el tipo, puesto que sólo podrá exigirse responsabilidad finalmente si se constata tal peligrosidad *ex ante* y se considera probado que el dolo abarcaba tal circunstancia. Esto resulta en cualquier caso preferible a la interpretación habitual que da por supuesto tal dolo de peligro por la mera puesta en práctica de la acción descrita en el tipo doloso de peligro abstracto y, además, con independencia de que efectivamente tal conducta sea peligrosa en el caso concreto o, incluso, de que el autor actúe partiendo de modo fundado de la ausencia de peligrosidad concreta de su comportamiento. Es esto, precisamente lo que lleva a plantear la infracción del principio de culpabilidad, teniendo además en cuenta que el elevado marco penal asignado a algunos delitos de peligro abstracto no se explica ni justifica por la mera violación de la regla.

Es pues a partir de esta exigencia de peligrosidad de la acción para los intereses en juego y de la introducción de criterios *normativos materiales* para la afirmación de la relevancia típica del comportamiento incluido en los delitos de peligro abstracto, como podemos encontrar una salida para los problemas planteados. A la concreción de una propuesta de solución se dedican las consideraciones que siguen.

---

<sup>69</sup> Así se pronuncia, entre otros, CEREZO, *PG II* 6.<sup>a</sup>, (cit. nota 1), p. 116.

### III. CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO OBJETIVO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO DESDE LOS PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE UN CONCEPTO MATERIAL DE INJUSTO PENAL

1. La creación e interpretación de lo que habitualmente se designa como delitos de peligro abstracto en sentido amplio —que conforme a una teoría diferenciadora distinga a su vez subgrupos dentro de esta categoría— debe insertarse adecuadamente en el sistema de imputación y sanción de comportamientos conforme al modelo de Derecho penal garantista avanzado propio de un Estado constitucional de Derecho como el nuestro; por tanto, debe estar clara la necesidad de atenerse a las pautas fijadas en éste para la ponderación entre la protección de bienes jurídicos y el respeto a los principios de garantía que limitan la intervención punitiva<sup>70</sup>.

Partiendo de la idea de que los principios que enmarcan la identidad del Derecho penal y que justifican la intervención punitiva no sólo informan ésta y han de desempeñar un papel determinante en la delimitación de sus fronteras legítimas, sino que, necesariamente, influyen en la propia construcción e interpretación de las categorías dogmáticas de los distintos elementos del delito<sup>71</sup>, resulta lógico con-

<sup>70</sup> Principios garantistas que han de extraerse de los derechos de la persona que operan aquí como límite al establecimiento e imposición de sanciones. Vid. al respecto SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 241 s., 249 s., 298; el mismo, *Eficiencia y Derecho Penal*, ADPCP 1996, pp. 93 ss. También resulta de sumo interés la propuesta que elabora FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel et al.), Madrid 1995, pp. 851 ss., 321 ss., 905 ss.; vid. también SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en Betermann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. 3, Teil 2, Berlin 1959; 2.<sup>a</sup> ed. 1972, pp. 909 ss.; CALLIES, *Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz- Entwicklungstendenzen von freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?*, NJW 1989, p. 1342 s.; MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung*, en Geppert, K./Bohnert, J./Rengier, R. (ed.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1992, p. 107; LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 2), pp. 138 ss.; NINO, *Los límites de la responsabilidad moral. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires 1980, pp. 224 ss., 268; El mismo, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1989, pp. 237 ss., 291 ss., 454 ss. En general en cuanto a la limitación de ciertas consecuencias del utilitarismo a través del garantismo, vid. HART, *Punishment and Responsibility*, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 3, Teil 2, Berlin 1959; 2.<sup>a</sup> ed. 1972, passim, especialmente pp. 1-28; RAWLS, *Two concepts of Rules*, en Foot, P.H. (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford 1967, pp. 144-170, pp. 147 ss.; El mismo, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.) 1971, p. 314 s., 575 s. (= Teoría de la Justicia, Madrid 1978, trad. M.<sup>a</sup> Dolores González Soler); HARE, *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford 1981, pp. 164 s.

<sup>71</sup> Vid. sobre ello las consideraciones de MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 289 ss., 315 ss.; El mismo, *Dogmática creadora y política*

siderar que los principios de *exclusiva protección de bienes jurídicos* y de *necesaria lesividad de la conducta* para éstos, unidos al carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal<sup>72</sup>, implican la adopción de un concepto *material* de delito y, con ello, de *tipo de injusto*<sup>73</sup>. No cabe duda que, desde esta perspectiva, la creación de delitos de peligro abstracto y su interpretación tradicional produce tensiones con el pleno respeto de un concepto material de delito y de injusto y constituye, en ese sentido, una *técnica problemática de delimitación de lo punible*<sup>74</sup>. Para hacer compatible la anticipación, a veces necesaria, de la tutela penal a fases previas a la lesión con aquellos principios y los conceptos dogmáticos señalados, debe constar la gravedad de la conducta en cuanto medio capaz de conllevar amenazas serias para intereses protegidos. Por ello, al conectar la función de protección de bienes jurídicos de la norma penal con la valoración de una conducta

---

criminal, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994, pp.11 ss.; El mismo, La imputación en el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho desarrollado, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, pp. 382 ss.; LUZÓN, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, en Silva, J.M. (ed. española)/Schünemann, B./Figueiredo Dias, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona 1995, p. 119. A este respecto, reafirmando el carácter cultural y por tanto valorativo y no «lógico-objetivo» de los principios que influyen en la propia construcción del sistema dogmático, SILVA, *La Expansión* (cit. nota 48), p. 76 s. Vid. también en la doctrina alemana, FRISCH, Straftat und Straftatsystem, en Wolter/Freund (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, pp. 151, 162; RUDOLPHI, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en Schünemann, B. (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, pp. 69-84 [= *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*; (traducción, introducción y notas de J. Silva Sánchez), Madrid 1991, pp. 81 ss.]; ROXIN, *AT I 3*.<sup>a</sup> (cit. nota 4), § 7/51 ss., 7/69; El mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed, Berlin 1973, passim.

<sup>72</sup> Entiendo que las garantías de legalidad, certeza, intervención mínima y *ultima ratio*, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, en su carácter de objetivo permanente a respetar en la regulación y aplicación de las normas penales son consustanciales al reconocimiento de un sistema punitivo democrático y que el contenido material de estos postulados sólo puede cumplirse desde el entendimiento del Derecho penal como sistema de protección de bienes jurídicos. Vid. en defensa de este postulado básico, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, (cit. nota 18), pp. 19, 52, 335 s.; FERRAJOLI, *Derecho y razón* (cit. nota 70), p. 853 s.; MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1982, p. 39 s.; LUZÓN, Prevención general y psicoanálisis, en Mir, S. (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 149 ss.; HUERTA, *Sobre el contenido* (cit. nota 44), p. 68; WOLTER, en Schünemann, B. (ed.), *Grundfragen* (cit. nota 35), pp. 106 ss. [= *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (traducción, introducción y notas de J. Silva Sánchez) Madrid 1991, pp. 109 ss.]

<sup>73</sup> Vid. FRISCH, en Wolter/Freund (ed.), *Straftat* (cit. nota 70), pp. 135 ss. con la discusión reciente sobre el tema.

<sup>74</sup> Así lo califica FRISCH, *Stree/Wessels FS*. (cit. nota 9), p. 91 s.

como contraria a la misma, el dato decisivo ha de residir en el plano *objetivo-material*, es decir, en la *lesividad efectiva o potencial* de tal conducta para el bien jurídico protegido, y no en la mera contradicción formal con la norma de comportamiento<sup>75</sup>.

La *peligrosidad* de la *conducta* se entiende, pues, *elemento imprescindible del injusto*<sup>76</sup> y sólo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el *desvalor objetivo material* de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe *adelantar la tutela penal de forma*

<sup>75</sup> Sobre la fundamentación predominantemente objetiva del injusto vid. sólo RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG* (cit. nota 18), pp. 327 ss., 331 ss.; ROXIN, *AT I*, 3.<sup>a</sup> (cit. nota 4), § 10/98; WOLTER en Schünemann, *Grundfragen* (cit. nota 35), pp. 106 ss. (= *El sistema*, pp. 109 ss.).

<sup>76</sup> Así, MIR, *Derecho penal*, *PG* 5.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), pp. 133, 232; El mismo, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, (cit. nota 70), p. 192 (= *ADPCP* 1988, pp. 661 ss.); TORIO, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en *Estudios penales y criminológicos*, t. X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 384; El mismo, Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas, en Romeo Casabona (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Universidad de la Laguna 1997, pp. 370, 377; CEREZO, *PG* II, 6.<sup>a</sup> (cit. nota 1), p. 105, en la medida en que la regulación de la tentativa del art. 16 CP 1995 exigiría la peligrosidad *ex ante* de la conducta; SILVA, *Aproximación* (cit. nota 70), pp. 291 s., 378; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, pp. 54, 76 s.; SOLA RECHE, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, *ADPCP* 1994, pp. 174 ss.; El mismo, *Tentativa*, pp. 60 ss., 73 ss., 245. Sobre la discusión al respecto vid. HUERTA, *Sobre el contenido* (cit. nota 44), *passim*. En la doctrina de habla alemana, entre otros, en este sentido, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, A. T.* (cit. nota 34), pp. 138 ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln 1983, pp. 80 ss., 92 s.; El mismo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg 1988, pp. 41 s.; WOLTER, *Zurechnung* (cit. nota 35), pp. 25 ss., 85 ss., 108 ss. Entiendo que este concepto de injusto es más claro y preferible desde la función del Derecho penal que se defiende, que aquel que lo concibe básicamente como *defraudación de la expectativa en el cumplimiento de la norma* —así JAKOBS, *AT* 2.<sup>a</sup>, § 25/15—, tomando en cuenta, además, que esta concepción tiene que acudir en última instancia también a criterios materiales para poder distinguir los supuestos de anticipación de la intervención punitiva legítimos de los que no lo son —así, entre tentativa inidónea punible y tentativa irreal—, pues aquello que se designa desde una perspectiva racional como *no comunicativamente relevante*, no lo es, en definitiva, por su evidente falta de peligrosidad. En definitiva, se comparte aquí la idea, expresada ya hace años por GALLAS —*Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, Festschrift für Bockelmann*, München 1979, p. 159—, de que «la acción no parece prohibida por expresar una desobediencia al Derecho, sino a causa de la posibilidad real de lesión o puesta en peligro concreto que se asocia a ella».

*legítima* al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una *clase* de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta<sup>77</sup>.

Así pues, la limitación de la libertad de acción en consideración a otros bienes a través de la elección del modelo de peligro abstracto no resulta legítimable de modo general, sino sólo en la medida en que se observen determinados límites. Por ello, si el presupuesto para justificar el recurso a la pena como *ultima ratio* debe ser un comportamiento *materialmente desvalorado* por su peligrosidad real para intereses de la máxima entidad, se propone evitar la nueva creación así como la interpretación de los tipos de peligro abstracto ya existentes como delitos de peligro conformados según el modelo de peligro abstracto *puro*<sup>78</sup>, esto es, configurados e interpretados como meras infracciones formales de desobediencia, técnica legislativa más propia del Derecho administrativo. En una perspectiva *lege ferenda*, resulta preferible por tanto, la configuración legislativa de los tipos de peli-

---

<sup>77</sup> Vid. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, p. 35; MIR, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (cit. nota 70), p. 192, destacando que desde la perspectiva de la protección de bienes propia del Derecho penal preventivo, no tiene sentido prohibir conductas que en el momento de comenzar su realización y durante la misma no aparezcan como externamente peligrosas. Vid., sin embargo, MIRA BENAVENT, Función del Derecho penal y forma de Estado, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, pp. 400 ss.

<sup>78</sup> La propuesta de eliminación o transformación de los delitos de peligro abstracto «puro», aunque no sea una postura ampliamente mantenida en la doctrina, cuenta tanto en nuestro país como en Alemania, con importantes seguidores que van creciendo en los últimos años. En esta dirección, vid. SILVA, *La Ley 1997*, 3, (cit. nota 48), p. 1716 s., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, Valencia 1997, p. 710; MORALES PRATS, *Estudios en memoria del Prof. Casabó*, vol. I (cit. nota 68), p. 498. En la literatura alemana, además de la opinión en esa dirección de FRISCH, *Stree/Wessels FS.*, (cit. nota 9), p. 92 s., es de destacar la defensa de tal posición en una de las últimas monografías dedicada a los delitos de peligro en Alemania, el escrito de habilitación de ZIESCHANG, *Gefährungsdelikte* (cit. nota 2), p. 283 s., así como la propuesta de unir a los delitos de peligro abstracto la exigencia de un *comportamiento concretamente peligroso* que los convierta *lege ferenda* en delitos de peligrosidad concreta (en la terminología propuesta por HIRSCH, *Buchala FS.*, (cit. nota 31), pp. 155 ss., que ZIESCHANG adopta), vid. ZIESCHANG, *Gefährungsdelikte*, (cit. nota 2), p. 285 con nota 141. En estos delitos de peligrosidad concreta, no basta una idoneidad abstracta de la acción, sino que ha de atenderse al comportamiento del autor juzgado *ex ante* según las concretas circunstancias del caso individual.

gro abstracto como *delitos de aptitud o idoneidad*, o de peligrosidad concreta<sup>79</sup> o, en definitiva, de *acción concretamente peligrosa*.

2. Ahora bien, respecto a aquellos tipos ya presentes en el Código penal, formulados legislativamente conforme al modelo «puro» de delito de peligro abstracto, resulta necesaria una configuración dogmática que los haga compatibles con el concepto de injusto mantenido, de manera que se proceda al castigo de las conductas descritas en ellos sólo cuando pueda afirmarse la *idoneidad o capacidad ex-ante del comportamiento concreto para la producción del menoscabo que se quiere evitar*. Frente a la fijación de modo centralizado de baremos generales de riesgo permitido y de estándares de conducta, sin posibilidad alguna de ser contrastados en el caso concreto, parece más apropiado a la seriedad y gravedad que distingue a la infracción penal, así como al carácter extremo de la sanción que se anuda a su realización, una *consideración descentralizada* —esto es, respecto al caso individual— de los elementos que fundamentan el tipo de injusto. Así pues, resulta necesaria la exigencia y comprobación de una determinada *relevancia típica* de la conducta, constatando que es objetiva y *materialmente antinormativa* y no únicamente formalmente coincidente con la acción descrita en el tipo, para lo cual habrá que valorar *individualmente* si la conducta es efectivamente arriesgada y supone una vulneración del fin de protección de la norma.

3. Para valorar *individualmente* si la conducta es *típicamente relevante* y *materialmente antinormativa* puede resultar especialmente oportuna y útil la aplicación de ciertos criterios de la **teoría de la imputación objetiva**, ya que se comparte la idea de que ésta se ocupa de la determinación de las propiedades *objetivas y generales* de un comportamiento imputable, es decir, constituye una *teoría del tipo objetivo* y no primariamente una cuestión de imputación de resultados. En definitiva, puede justificarse el recurso a la misma, fundamentalmente, aunque no sólo, porque constituye la construcción actualmente en mejores condiciones para fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos. La propuesta de la posible aplicación de algunos de los criterios de imputación objetiva a la categoría de delitos objeto de este análisis, a la vista de todas las consideraciones anteriores, supone, en realidad, plantear una *reconstrucción interpretativa*

---

<sup>79</sup> Siguiendo también la denominación propuesta por HIRSCH, *Buchala FS.*, (cit. nota 31), pp. 155 ss., que me parece más adecuada que la de delitos de peligro abstracto, pues se trata precisamente de exigir la peligrosidad de la acción típica. De acuerdo con considerar que lo que distingue realmente a los mal llamados delitos de peligro abstracto es la peligrosidad (general en principio) de la conducta y, por tanto, de acuerdo en acoger la denominación de delitos de peligrosidad, WOHLERS, *Deliktstypen* (cit. nota 5), pp. 305 s., 311 ss.

de tal categoría, sobre la base de la significación de la teoría de la imputación como punto de referencia o fundamento de la reelaboración teórica del sistema<sup>80</sup>. Así pues, considero posible entender que esta vía abre una solución más adecuada al problema planteado, de modo que aunque en los delitos de peligro abstracto no se plantee la cuestión de la imputación objetiva de un resultado —el llamado por algunos segundo nivel de imputación— sí debe considerarse necesaria la comprobación *individual* del primer nivel de imputación, es decir, la *imputación* de la *propia conducta*, o imputación del hecho al tipo objetivo<sup>81</sup>, fundada en la *creación de un peligro ex ante* no permitido abarcado por el fin de protección o dentro del *alcance del tipo*<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Lo que hoy constituye un planteamiento algo más extendido en la doctrina, al menos española, Vid. SILVA, *Derecho de la circulación*, (cit. nota 48), p. 157 s., con nota 37; TORÍO, en Romeo Casabona (ed.), *Dogmática*, cit., pp. 369 ss.; MIR, en *Estudios Prof. Casabó* (cit. nota 76), pp. 381 ss., que aunque no se refiere expresamente a los delitos de peligro abstracto sí considera que la necesidad de imputación atraviesa toda la teoría del delito SALAS ALMIRALL, Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro, en *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXVI, 1994, pp. 161 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, Delitos contra la seguridad en el tráfico, en Bajo (Dir.), *Compendio de Derecho penal PE*, t. II, p. 720; MORALES PRATS, Estudios Prof. Casabó (cit. nota 68), p. 490, respecto a los delitos de peligro concreto y, en relación con los delitos de peligro hipotético, considerando que la tipicidad exige un juicio *ex ante* sobre la aptitud del comportamiento para poner en peligro el bien jurídico y así poder afirmar que era «peligrosa y contraria al fin de protección de la norma» (op. ult. cit., p. 492); CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva* (según el nuevo Código Penal de 1995), Valencia 1996, pp. 79 ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Barcelona 1991, p. 202, quien se refiere a la imputación del resultado de peligro, elemento que estima presente en todos los delitos contra la salud pública del ACP (op. ult. cit. p. 205); GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998, p. 112.

<sup>81</sup> Entiendo que contra esta propuesta no puede argumentarse que la imputación del resultado en los delitos de lesión no es una cuestión similar o del mismo tipo que el problema que se plantea en los delitos de peligro abstracto. Según tal idea, mientras en los primeros no se imputa la lesión si finalmente ésta no supone la realización del riesgo creado por el autor, o si éste no ha creado con su conducta un riesgo relevante de producción del resultado, en los tipos de peligro abstracto el autor realiza una acción descrita en un precepto penal debido a que se reputa, en general, como un riesgo ya no tolerable, jurídicamente relevante y generalmente adecuado para producir menoscabos; de modo que la situación de partida sería totalmente distinta en uno y otro caso. Sin embargo, con ser esto cierto en principio, no lo es menos que para afirmar que una acción coincidente en principio con la descrita en el tipo es además típicamente relevante y antinormativa, hay que constatar que en el momento de llevarla a cabo mostraba ya para cualquier observador objetivo la peligrosidad que la hace merecedora de punición, de modo que pueda confirmarse en el caso individual que la previsión general del legislador recoge o abarca *materialmente* el hecho concreto.

<sup>82</sup> Vid. esta delimitación del primer nivel de la imputación, referida a los delitos de resultado de lesión en ROXIN, *AT I*, 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), § 11/44. Aunque hay que tener en cuenta que el criterio del alcance del tipo penal o criterio del fin de protección del

La base de esta propuesta parte de la idea de que algunos de los criterios enunciados en la teoría de la imputación objetiva no son aplicables sólo a los delitos de resultado, de modo que las cuestiones de si el autor ha creado un riesgo objetivo desaprobado y cuál es el alcance del tipo no atañen primariamente a la imputación de resultados, sino que circunscriben ya la propia *relevancia típica* y la *antinormatividad* de la conducta. En esa medida, el primer nivel de imputación objetiva constituye, en realidad, una teoría sobre la delimitación de la conducta típica y, con ello, del injusto típico<sup>83</sup>; por ello entiendo que resulta *generalizable* a la comprobación de la *tipicidad* de toda conducta, sea o no la de un delito de resultado, y que tal comprobación va referida a criterios materiales e individualmente constatables y no se satisface con la mera realización de un comportamiento formalmente infractor de la regla, es decir, con la mera subsunción del comportamiento del autor en el tipo.

---

tipo penal se concibe por algunos, en materia de imputación de resultados, como algo distinto del criterio de fin de protección o ámbito de protección de la norma de cuidado —así, entre otros MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, (cit. nota 76), pp. 268 ss., 341 ss., ROXIN, *AT I*, 3.<sup>a</sup> (cit. nota 4), § 11/71— sin embargo, si se dice que en materia de delitos de peligro abstracto la norma es expresión de la norma de cuidado tipificado con carácter general, se puede considerar a los efectos que aquí se propone —que no es la imputación de resultados—, que ambos fines coincidirán.

<sup>83</sup> Vid. en este sentido, TRIFFTERER, *AT* (cit. nota 34), p. 139 s., 144, que distingue entre imputación objetiva *general* referida a la creación del riesgo, e imputación objetiva *especial*, que alude a la realización de ese riesgo; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (Dir. E. Bacigalupo; Supervisor y coordinador traducción A. Ventura Püschel; traducción: M. Cancio Meliá, B. de la Gándara Vallejo, M. Jaén Vallejo, Y. Reyes Alvarado, C. Pérez del Valle), Madrid 1995, pp. 95 ss., 103, 106; El mismo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung der Erfolg*, Heidelberg 1988, p. 67, distinguiendo entre conducta típica, donde se analiza la creación de un peligro desaprobado, y propiamente imputación del resultado. En la doctrina de habla española vid. TORIO, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, *ADPCP* 1986, p. 47, sosteniendo que la imputación objetiva gravita de modo fundamental sobre la contradicción entre la acción peligrosa y la norma jurídica concreta; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá 1994, pp. 73, 78 ss., 81; El mismo, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, *ADPCP* 1992, pp. 959 ss., 965; FERRANTE, «Introducción a la teoría de la imputación objetiva», en M. Cancio Meliá/M. Ferrante/M. A. Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires 1998, p. 15 s. En contra de esta idea vid. ROXIN, *AT I*, 3.<sup>a</sup> (cit. nota 4), § 11/46 que considera que la imputación objetiva siempre va referida a la imputación de un resultado. Por su parte JAKOBS, *AT* (cit. nota 2), 7/4 también adopta un punto de vista generalizador, al afirmar que la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, constituyendo una teoría del tipo objetivo; vid. también el mismo, en *Estudios* (cit. nota 23), pp. 210 ss. y sobre su construcción de la imputación objetiva, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Consideraciones*, en Jakobs, *Estudios* (cit. nota 23), pp. 55 ss.; sobre tal propuesta generalizadora vid. también SUÁREZ/CANCIO, *Estudio preliminar*, en Jakobs, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1996, p. 21 ss., especialmente 50 ss.

La defensa de la interpretación que se mantiene y de la aplicación de criterios de imputación objetiva a los delitos de peligro abstracto, supone hacer extensivo a éstos lo que se considera no sólo legítimo sino necesario en el terreno de los delitos de *lesión*: esto es, *seleccionar y eliminar, ya en el ámbito objetivo, ciertas constelaciones de casos porque no presentan suficientes elementos de peligro, o porque no se ha creado un peligro relevante penalmente de forma desaprobada*<sup>84</sup>.

La exigencia de una *peligrosidad efectiva ex ante* apreciable de la conducta, se puede concebir como la creación de una real posibilidad de lesión —o de peligro concreto—, que constituye una parte *independiente de la fundamentación del injusto* junto con el desvalor de acción y que podemos denominar «*desvalor de peligrosidad*» —de modo semejante a lo propuesto por WOLTER, que lo concibe como un desvalor de resultado primario<sup>85</sup>. Pero resulta más ajustado, en mi opinión, que la exigencia de la peligrosidad se conciba, en la mayoría de los casos, como algo perteneciente al desvalor de acción, como *cualidad que ha de presentar la propia conducta*, como riesgo real que va unido a la realización de la conducta, lo cual supone no exigir nada distinto de ésta, sino simplemente comprobar que, en el caso concreto, efectivamente se da la característica de constituir un peligro jurídicamente desaprobado para ser una *conducta típica*<sup>86</sup>. En cualquier caso, ello puede considerarse una cuestión más nominal que de contenidos, pues lo relevante es

---

<sup>84</sup> Vid. FRISCH, *Tipo penal*, (cit. nota 83), p. 114. Teniendo en cuenta que en los delitos de lesión hoy está generalmente admitido que la comprobación del tipo de injusto supone algo más que la constatación de la coincidencia formal con la conducta típica —y, ulteriormente, la producción del resultado lesivo típico—, y que ello debe ser complementado con ciertos criterios *normativos* por la vía interpretativa. Si en los delitos de lesión la falta de creación de un peligro desaprobado por la conducta típica y la realización en el resultado de un riesgo imprevisible *ex ante*, conduce no ya a la punición por tentativa, sino a la impunidad, *no* resulta en absoluto evidente que en todos los casos de delitos de peligro abstracto puro haya de considerarse, en principio, penalmente relevante el hecho aún cuando no se haya procedido a la comprobación en el caso concreto de la peligrosidad *ex ante* de tal conducta.

<sup>85</sup> Así WOLTER, *Zurechnung* (cit. nota 35), pp. 82 ss., 108, 254 ss.; El mismo, en Schünemann (comp.), *El sistema*, p. 111; TRIFFTERER, *AT* (cit. nota 34), p. 53. Vid. también RUDOLPHI en Schünemann (comp.), *El sistema* (cit. nota 70), p. 91, quienes hablan de una «relación de riesgo» que asegure la específica función de protección y prevención frente a la represión de la mera desobediencia. En la doctrina española ha fundamentado una posición similar TORIO, *ADPCP* 1981 (cit. nota 4), pp. 825 ss., El mismo, *ADPCP* 1986 (cit. nota 83), pp. 33 ss.

<sup>86</sup> Vid. FRISCH, *Tipo penal* (nota 83), pp. 95 ss.; en el mismo sentido de considerar que tal desvalor constituido por la peligrosidad de la conducta reside en el propio desvalor de acción, MEYER, *Gefährlichkeitsdelikte*, (cit. nota 32), p. 185. Vid. también considerando esta peligrosidad como característica de la propia acción que forma parte esencial del desvalor de acción, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación*, (cit. nota 76), p. 54.

que se requiere una *comprobación suplementaria* a la relativa a la mera realización de la conducta.

4. Así pues, para entender constituido el **tipo de injusto objetivo** de un delito de peligro abstracto será necesario constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer un riesgo real típicamente relevante con arreglo a un juicio *ex ante*<sup>87</sup>. Ello exige la comprobación de la capacidad real *ex ante* de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien jurídico —sin considerar la presencia o no de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la acción—, lo cual constituye algo más que exigir la mera peligrosidad general de la clase de acción, pero *no* implica, en absoluto, requerir que la conducta haya creado efectivamente un peligro concreto, ya que se trata en todo caso de la determinación de la *peligrosidad* de la acción *ex ante* y no de la comprobación *ex post* de la producción de un *resultado* de peligro. Debe quedar claro, por tanto, que lo que aquí se propone supone la evaluación del *peligro de producción de un resultado* —de peligro concreto o de lesión— y no de la comprobación *ex post* de la producción de un resultado de peligro<sup>88</sup>. Esto elimina la posible confusión que hipotéticamente podría conllevar esta propuesta entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto<sup>89</sup>, pues éstos, en todo caso, requieren además del primer nivel de imputación de la conducta al tipo, la comprobación del segundo nivel, esto es, de la imputación objetiva del resultado de peligro concreto a la conducta peligrosa.

La cuestión de la creación de un riesgo jurídicamente relevante se enjuicia desde la perspectiva *ex ante*<sup>90</sup>, siendo determinante si un ob-

<sup>87</sup> Se habla de riesgo *típicamente* relevante en vez de riesgo jurídicamente desaprobado debido a que lo decisivo aquí es que el riesgo sea relevante desde la perspectiva del tipo penal, aunque esta expresión no pretende prejuzgar la naturaleza del riesgo permitido. Utilizan también preferentemente esa expresión, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación*, (cit. nota 76), p. 40, 44 s.; LUZÓN, «Voz «imputación objetiva»», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid 1995, p. 3468; MIR, *PG*, (cit. nota 4), p. 235; ALCÁ-CER, «El juicio de adecuación de la conducta (Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa)», *ADPCP* 1996, p. 474.

<sup>88</sup> Vid. aclarando las diferencias entre ambos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación*, (cit. nota 76), pp. 54 ss.; CORCOY, *Delitos*, (cit. nota 52), pp. 201 ss., en especial pp. 205 ss.; vid. también LENCKNER, Comentarios previos al § 13, nm. 92 a, en *Schönke/Schröder StGB* 25.ª ed., reelaborada por Lenckner, T., Cramer, P., Eser, A. y Stree, W., München 1997.

<sup>89</sup> Aclara también SILVA, *Derecho de la circulación* (cit. nota 48), p. 158 s., que la exigencia de tal peligrosidad *ex ante* sólo supone entender los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro *real* y no presunto.

<sup>90</sup> Resulta determinante la perspectiva *ex ante* debido a la función de protección preventiva de bienes jurídicos atribuida al Derecho penal, así como a exigencias derivadas del principio de culpabilidad y de seguridad jurídica, puesto que es decisivo en

servador objetivo<sup>91</sup> con los conocimientos del autor<sup>92</sup> hubiera considerado arriesgado el comportamiento correspondiente, es decir, básicamente lo mismo que se designa como la previsibilidad objetiva de la im-

---

el momento en el que el autor va a realizar la conducta poder conocer si ésta se encuentra prohibida por sus características, y si es previsible que de su realización puedan derivarse consecuencias indeseables, que la ley toma en cuenta para prohibirla. Vid. subrayando la vinculación de la perspectiva *ex ante* con los requerimientos de la seguridad jurídica, MIR, en *Estudios Prof. Casabó* (cit. nota 70), p. 386. Vid. también para una justificación de esta perspectiva, MIR, La perspectiva *ex ante* en Derecho penal, en *Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (cit. nota 70), pp. 100 ss.; CORCOY, *Delitos* (cit. nota 52), pp. 58 ss.; ALCÁCER, *ADPCP* 1996 (cit. nota 87), p. 506 s. En la doctrina alemana vid. sustentando también lo fundado de esta perspectiva, FRISCH, en Wolter/Freund, *Straftat* (cit. nota 70), pp. 135, 175. Crítico, en cambio, con la adopción del punto de vista *ex ante*, KINDHÄUSER, *Gefährdung* (cit. nota 10), pp. 61 s, 169 s.

<sup>91</sup> El criterio del «observador objetivo» es generalmente reconocido como el adecuado a estos efectos ya que pretende hacerse valer un criterio *objetivo* frente al personal del autor, considerando que sólo puede prohibirse lo que el hombre medio, según los conocimientos disponibles, puede prever. En este sentido vid. GIMBERNAT, *Delitos cualificados* (cit. nota 77), pp. 101 ss.; ALCÁCER, *ADPCP* 1996 (cit. nota 87), p. 485, incidiendo en que este criterio pretende dotar de racionalidad a la valoración de la conducta, al estimar determinantes los conocimientos que posee la generalidad. En contra de este criterio, que entiende que constituye sólo una objetividad supuesta o pseudo objetividad, vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung* (cit. nota 10), p. 61 s., 169 s., considerando que la perspectiva de un observador ficticio no es relevante a estos efectos.

<sup>92</sup> Más polémica es la cuestión de la consideración o no en este juicio de los conocimientos especiales con que pudiera contar el autor. En nuestra doctrina sostienen la necesidad de tomar en cuenta estos conocimientos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG* (cit. nota 18), p. 339; CEREZO, *PG* II, 6.<sup>a</sup> (cit. nota 1), p. 113 s. con nota 44; MIR, *PG* 5.<sup>a</sup> (cit. nota 4), p. 276; El mismo, La perspectiva *ex ante* en Derecho penal, en *Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (cit. nota 70), p. 101; LUZÓN, Voz «imputación objetiva», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (cit. nota 87), p. 3466; JORGE BARREIRO, *La Imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid 1990, p. 43; ESCRIVÁ, *La puesta en peligro* (cit. nota 4), p. 87; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación* (cit. nota 76), p. 83; SOLA RECHE, *Tentativa* (cit. nota 76), p. 82 s. Vid. también la defensa de ROXIN, *AT* I, 3.<sup>a</sup> (cit. nota 4), §§ 11/50, 11/35, 24/14; MEYER, *Gefährlichkeitsdelikte* (cit. nota 32), pp. 196 ss.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikte im Strafrecht*, Wien 1974, pp. 64 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT* 5.<sup>a</sup> (cit. nota 4), p. 579; FRISCH, *Tipo penal* (cit. nota 83), p. 70. Sobre la discusión al respecto, centrada en el problema de introducir criterios subjetivos en un juicio de carácter predominantemente objetivo, vid., entre otros muchos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación* (cit. nota 76), pp. 81 ss.; MIR, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (cit. nota 70), pp. 181 ss.; PAREDES, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Madrid 1995, pp. 257 ss; SUÁREZ/CANCIO, Estudio preliminar, en Jakobs, *Imputación objetiva* (cit. nota 83), pp. 64 ss.; CORCOY, *Delitos* (cit. nota 52), pp. 60 ss. Vid. también en FRISCH, *Tipo penal* (cit. nota 83), pp. 78 ss.; El mismo, La imputación objetiva: estado de la cuestión, en Roxin/Jakobs/Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría jurídica del delito* (Seminario Univ. Pompeu Fabra), Madrid 2000, pp. 20-67 (trad. R. Robles Planas), p. 42, 56 s., reiterando recientemente la necesidad de tomar en cuenta

prudencia<sup>93</sup>, o el juicio de peligrosidad o idoneidad en la tentativa<sup>94</sup>. Siendo a estos efectos necesario que se trate de un riesgo significativo, especial, no despreciable, lo decisivo no es sólo la *cantidad* de riesgo, sino esa consideración cuantitativa en relación con la *clase* de actividad y los *bienes jurídicos* en juego, atendiendo también al ámbito de competencia del sujeto activo. Así pues, la peligrosidad objetiva del comportamiento según los conocimientos de que se disponga *ex ante*, tanto por un observador como por el autor, debe ser lo que determine el desvalor de la conducta, ya que el Derecho penal sólo debe intervenir ante conductas que se muestren capaces de afectar de modo suficientemen-

---

tales conocimientos del autor y reafirmando que el juicio sobre la creación de un peligro desaprobado no se enmarca en un análisis que distinga de manera estrictamente naturalista entre circunstancias objetivas y subjetivas. Sobre las críticas, más conocidas, a la introducción de tales conocimientos, de Arm. KAUFFMANN, «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, en Th. Vogler et al. (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin 1985, pp. 251 ss., 265 ss. (= en, ADPCP 1985, traducción de J. Cuello Contreras, pp. 8 ss.); y STREUENSEE, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADPCP 1987, traducción de J. Cuello Contreras, pp. 423 ss.; El mismo, Atribución objetiva e imprudencia, CPC 1991, pp. 449 ss. (traducción J.L. Serrano González de Murillo), vuelve BURKHARDT, Tatbestandmäßiges Verhalten und *ex ante* Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven», en Wolter/Freund (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, pp. 99 ss.; contestando a tal crítica y con adecuadas precisiones, ZIESCHANG, *Gefährdungdelikte* (cit. nota 2), p. 60 con nota 40. Hay que poner de relieve, por tanto, que con esta inclusión de lo que conoce el autor no se anticipan consideraciones propias del plano subjetivo, ya que no se procede a una evaluación completa de tales elementos subjetivos, ni a la comprobación de la presencia de dolo o imprudencia en la realización de la conducta por el autor, sino que simplemente se construye la base para proceder al juicio objetivo sobre la conducta. Siendo como es un juicio objetivo, pero respecto a una acción realizada por un sujeto concreto, lo que interesa saber es si para cualquier sujeto medio, colocado en la misma situación del autor, era previsible el menoscabo temido. Se trata pues, de un juicio similar a la previsibilidad objetiva o general —con las matizaciones que luego se aludirán respecto a la corrección de este juicio—, en el que han de integrarse las informaciones adicionales que pueda tener quien actúa.

<sup>93</sup> Vid., CEREZO, PG II, 6.<sup>a</sup> (cit. nota 1), p. 113; GIMBERNAT, *Delitos cualificados* (cit. nota 77), pp. 101 ss.; CORCOY, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, p. 206 s.

<sup>94</sup> Vid. en esta dirección delimitando la tentativa absolutamente inidónea de la relativamente inidónea a través de criterios de imputación objetiva TRIFFTERER, AT, (cit. nota 34), p. 360 s.; ROXIN, Über den Strafgrund des Versuchs, en A. Eser (ed.), *Festschrift für H. Nishihara*, Baden-Baden 1997, pp. 163, recordando que la idea de peligrosidad en la que ven el fundamento de la tentativa las teorías objetivas se determina del mismo modo que hoy lo hace la teoría de la imputación objetiva. En la doctrina española, ahora CEREZO, PG II, 6.<sup>a</sup> (cit. nota 1), p. 105; FARRÉ, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona 1986, pp. 389 ss., 398; CORCOY, *Delitos* (cit. nota 52), p. 43. Cfr. también BALDÓ, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona 1994, p. 116 s.

te grave a bienes jurídico penalmente protegidos<sup>95</sup>. Lo decisivo a este respecto no es la perspectiva *fáctica* o estadística del grado de probabilidad que desde el punto de vista científico pudiera afirmarse —cuestión, además, de muy difícil prueba—, sino la evaluación de esa probabilidad según reglas de experiencia en función también de las posibilidades conocidas dominables por el autor, o un tercero, de evitar las consecuencias indeseadas<sup>96</sup>.

Indudablemente todo ello tiene que ver con otro de los conceptos dogmáticos aludidos a este respecto, como es la categoría del *riesgo permitido*, cuyo contenido, naturaleza jurídica y ubicación sistemática en el seno de los distintos elementos del delito constituyen cuestiones discutidas en la doctrina<sup>97</sup>. No es este el lugar para entrar a un análisis más pormenorizado de estas cuestiones. Baste decir que a los efectos que aquí interesa, parece preferible la consideración del riesgo permitido como un factor de la exclusión del *tipo de injusto*<sup>98</sup>, en la

---

<sup>95</sup> Vid. sobre la delimitación de este aspecto para la desaprobación de la conducta, FRISCH, Imputación, en Roxin/Jakobs/Frisch/Köhler, *Sobre el estado* (cit. nota 92), pp. 45 ss., que toma en cuenta no sólo la tensión entre la libertad de acción y la prohibición de condiciones capaces de comportar lesiones para un bien, sino que pueda aceptarse la prohibición de la conducta por estimarla racional, desde la perspectiva de un potencial afectado por tal conducta. Por ello no me parece que se sitúe en la perspectiva adecuado la discusión que gira sobre el grado de probabilidad exigible para afirmar la previsibilidad o la peligrosidad —la elevada probabilidad, la mera posibilidad o que, simplemente, no pueda descartarse la eventual afectación del bien jurídico—. En definitiva, la relevancia típica se determina en función de criterios normativos y no meramente dependientes del grado de probabilidad de conllevar una lesión; vid. sobre ello, FELIÓ, Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (II), *La Ley* 7-12-1999, p. 2.

<sup>96</sup> Vid. sobre ello WOHLERS, *Deliktstypen* (cit. nota 5), p. 314 s., con ulteriores referencias.

<sup>97</sup> Vid. sobre la discusión en torno a la ubicación sistemática del riesgo permitido, PAREDES, *Riesgo* (cit. nota 92), pp. 35 ss.; ROXIN, *AT I 3.<sup>a</sup>* (cit. nota 4), § 11/59. Sobre las distintas concepciones vid. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung*, GA 1994, pp. 197 ss.; SCHÜRER-MÖHR, *Erlaubte Risiken. Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*. Frankfurt a. M. 1998, passim, especialmente, pp. 161 ss. En la doctrina española vid. recientemente en un análisis sobre los delitos de peligro, CORCOY, *Delitos* (cit. nota 52), pp. 71 ss.; vid. también, CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y auto en actividades arriesgadas*. Barcelona 1998, pp. 316 ss.

<sup>98</sup> Vid. en este sentido, REYES, *Imputación* (cit. nota 83), p. 96, 102 con nota 51; SILVA, *La Ley*, 1997, 3 (cit. nota 48), p. 1715 s.; TORIO, *ADPCP* 1986 (cit. nota 83), p. 40; en la doctrina alemana vid. ROXIN, *AT I 3.<sup>a</sup>* (cit. nota 4), §11/55; JAKOBS, *AT 2.<sup>a</sup>*, § 7/41 s.; FRISCH, *Verhalten* (cit. nota 83), p. 7 s. En cambio, considerando que la ubicación correcta de la exclusión de la relevancia penal de una conducta en base al riesgo permitido tiene su ubicación correcta en la antijuridicidad, LUZÓN, *PG* (cit. nota 4), p. 382; El mismo, voz «imputación objetiva», *Enciclopedia Jurídica Básica* (cit. 87), p. 3467.

medida en que con este instituto pretende evaluarse en el ámbito de la teoría de la imputación de la conducta al tipo, la determinación de la *relevancia jurídico-penal* de la conducta, cuya concreción requiere en cada caso una consideración individual para determinar si el riesgo generalmente no tolerado se ha superado también de modo efectivo en el caso concreto.

5. En segundo lugar, puede plantearse también la aplicación en este primer nivel de imputación o *imputación del propio tipo objetivo*, el criterio de que la creación del riesgo no permitido ha de tener lugar dentro del marco del «alcance del tipo». Se valoraría, así, si el comportamiento del autor puede concebirse como acción discrepante de la norma por estar comprendida en el ámbito de prohibición normativa, evaluando en definitiva si la conducta *ex ante* representaba un peligro relevante desde la perspectiva del *fin de protección de la norma* infringida<sup>99</sup>. Se trata de constatar si la acción concreta era portadora de la *idoneidad lesiva relevante según el fin de protección de la norma vulnerada*, para determinar si el peligro *ex ante* es de los que el fin de protección o el alcance del tipo pretende abarcar. Así pues, si en ese momento no es previsible un peligro como el que finalmente se produce, o el peligro está fuera del ámbito de protección de la norma, ni éste ni la eventual lesión derivada de ello será concreción de la peligrosidad de la conducta, en virtud o por causa de la cual ésta se encuentra prohibida. Sirva como ejemplo en el art. 368, el caso de las donaciones de una pequeña cantidad de droga a un familiar para aliviar padecimientos insufribles a consecuencia del síndrome de abstinencia o de un tratamiento de quimioterapia, que son consideradas frecuentemente atípicas por el propio TS por no vulnerarse el bien jurídico protegido, lo cual no es sino aplicación del criterio del fin de protección de la norma. Por tan-

---

<sup>99</sup> Aunque el criterio ha sido utilizado fundamentalmente en los delitos de resultado para la comprobación del segundo nivel de imputación del resultado a la acción peligrosa, algún autor plantea la posibilidad de tomarlo en cuenta ya en el primer nivel para examinar si la acción supone un riesgo no permitido en el marco del alcance del tipo penal. Vid. a este respecto las consideraciones de WOLTER, La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal, en: Gimbernat, E./Schünemann, B./Wolter, J. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal* (Jornadas hispano-alemanas de derecho penal en homenaje al Prof. C. Roxin), Madrid 1994, pp. 65-89 (traducción de S. Bacigalupo), pp. 75 ss. Vid. también el planteamiento de TORÍO, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., p. 386 y de SALAS ALMIRALL, Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro, en *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXVI, 1994, pp. 167, aplicando el criterio a los delitos de peligro abstracto. También aplicando este criterio pero por la vía de conceptualizar el correspondiente delito de peligro abstracto como delito de lesión, GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998, p. 117. Para más detalles, vid. MENDOZA, *Límites* (cit. nota 15), pp. 472 ss.

to, la consideración de este criterio de imputación no sólo permitiría evitar la imputación de la propia conducta al tipo si el peligro *ex ante* previsible no es de aquellos que la norma pretende conjurar, sino que también tiene la virtualidad de excluir ya en el segundo nivel de imputación, esto es, de la realización de un riesgo en el resultado, la imputación del *resultado de peligro concreto* o de *lesión* aunque provenga causalmente de una acción formalmente coincidente con la de un delito de peligro abstracto, cuando el peligro creado por tal acción, luego concretado en el resultado, no era de los que la finalidad de protección de la norma pretendía abarcar.

Así pues, creo que la propuesta de entender que el primer nivel de imputación, o como algunos prefieren decir, la imputación del hecho al tipo objetivo —que supone la creación de un peligro desaprobado y no permitido a través de la conducta del autor dentro del alcance del tipo<sup>100</sup>— debe ser comprobada también en los *delitos de peligro abstracto*<sup>101</sup>, permite un entendimiento del injusto de estos delitos satisfactorio desde los presupuestos dogmáticos y político-criminales que se estiman defendibles. De este modo, el recurso legítimo a esta técnica de protección anticipada de bienes jurídicos debe tener su base y justificación en la naturaleza y peculiaridades del *bien protegido* y en las especiales características de los *comportamientos* que se pretenden someter a pena y *no*, en cambio, en una *flexibilización* o incluso *eliminación* de los requisitos generales de constitución e imputación de un injusto criminal. En esa medida, hay que rechazar aquella interpretación doctrinal y jurisprudencial de los delitos de peligro abstracto en términos de *infracción meramente formal*, según la cual para apreciar la tipicidad

---

<sup>100</sup> Así describe resumidamente el primer nivel de imputación ROXIN AT I 3.<sup>a</sup>, (cit. nota 4), § 11/44, aunque refiere tal exigencia sólo respecto de los delitos de lesión.

<sup>101</sup> Contra este modo de razonar se puede argüir que la imputación del resultado en los delitos de lesión no es similar al problema planteado en los delitos de peligro abstracto, ya que en los primeros no se imputa la lesión si finalmente ésta no supone la realización del riesgo creado por el autor, o si éste no ha creado con su conducta ningún riesgo relevante de producción del resultado. En cambio en los delitos de peligro abstracto, el autor lleva a cabo una conducta que está descrita en un tipo porque se reputa ya, en general, como un riesgo no tolerable, jurídicamente relevante y generalmente adecuado para dar lugar a la producción de eventuales menoscabos de bienes jurídicos por lo que la situación de partida es ya totalmente diversa en uno y otro caso. Siendo esto en principio cierto y hasta aquí aceptable, lo que ya no lo parece, es afirmar que la acción concreta coincidente con la descrita en el tipo es, en cualquier caso y sólo por ello, penalmente relevante, sin comprobar, al menos, que efectivamente en el momento en que el sujeto iba a realizar la acción, ésta mostraba ya para cualquier observador objetivo la peligrosidad que la hace merecedora de su consideración como penalmente relevante, de modo que pueda confirmarse en el caso individual, como ocurre en los demás delitos, que la previsión general del legislador es adecuada también o recoge materialmente el hecho concreto.

de la conducta bastaría constatar la coincidencia en términos generales entre el comportamiento del autor y el descrito en el tipo <sup>102</sup>.

En el mismo sentido, se pueden considerar incompatibles con los postulados político-criminales y dogmáticos defendidos, varios supuestos especiales de delitos de peligro abstracto: así, las llamadas acciones en masa y demás delitos basados en la infracción de un estándar de conducta con una función meramente didáctica u organizativa, sin referencia a una específica lesividad para bienes jurídicos concretos y, finalmente, los tipos que basan el injusto únicamente en atención a la ausencia o infracción de un control administrativo, o en la consideración del efecto acumulativo de conductas inofensivas desde una perspectiva individual <sup>103</sup>.

6. Con todo lo anterior pretende esbozarse una opción dogmáticamente fundamentada y sostenible, así como coherente con el modelo de Derecho penal que se estima más defendible, esto es, consecuente con los límites legítimos impuestos a un Derecho penal garantista en un Estado de Derecho, así como con el concepto de delito y de injusto que de ello deriva. Por expresarlo en pocas palabras, la punición de delitos de peligro abstracto interpretados puramente como delitos formales de mera desobediencia estaría más cerca de la incompatibilidad con los principios informadores y limitadores del sistema, que la propuesta que aquí se presenta de la abierta contradicción con los presupuestos de la interpretación legítima de la ley.

---

<sup>102</sup> Esta posición no resulta tan aislada en la doctrina; así por ej. SILVA, *La Ley*, 1997, 3 (cit. nota 48), p. 3; vid. también, El mismo, en *Derecho de la circulación*, pp. 157-158, donde considera que la doctrina de la imputación objetiva, que en su concepción más amplia es aplicable tanto a los delitos de resultado como a los de mera actividad, ha de tener también incidencia en los delitos de peligro abstracto. También autores alemanes han mostrado serios inconvenientes frente a la aceptación dentro del propio Derecho penal de delitos de peligro abstracto puro, cuyo injusto sea la mera infracción de desobediencia a la norma. Vid. en este sentido crítico, aunque sin reconducir el problema expresamente a través de la aplicación de criterios de imputación objetiva, además de la postura de HERZOG, *Unsicherheit* (cit. nota 8), passim; FRISCH, *Stree/Wessels FS* (cit. nota 9), p. 92 s.; HIRSCH, *Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität*, en Hirsch et al. (ed.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht: deutsch-polnisches Strafrechtskolloquium Bialystok/Rajgród 12.-17. September 1995*, Bialystok 1996, p. 41; ZIESCHANG, *Gefährdungdelikte* (cit. nota 2), pp. 283 ss.

<sup>103</sup> Con mayor profundidad, MENDOZA, *Límites* (cit. nota 15), pp. 483 ss.