

Peligro abstracto y garantías penales*

Juan Terradillos Basoco**

1. INTRODUCCIÓN

El principio *nullum crimen sine iniuria* impone un concepto de delito como afectación, actual o potencial, a un bien jurídico¹. Lo que, si bien parece pacíficamente admitido en el plano programático, no responde, por sí solo, a todas las exigencias que tal principio suscita. Y ello porque se trata de un principio inane si no se le somete a ulteriores precisiones. Basta con echar una ojeada a la literatura penal para comprobar, p. ej., cómo sigue viva, cuando no estéril por el alejamiento de los puntos de partida, la polémica sobre cuál sea el referente material del bien jurídico, o, dicho de otro modo, cuál ha de ser el criterio de selección de los objetos de tutela penal². Si para IHERING o LISZT el concepto

* Texto del artículo enviado al libro *Homenaje a J. M. Calle Muñiz*.

** Catedrático de derecho penal, Universidad de Cádiz, España.

¹ LUIGI FERRAIOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1989, pág. 472: "El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no solo el daño causado, sino también, por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal el peligro que se ha corrido". Llevando al extremo el principio de protección de bienes jurídicos, WINFRIED HASSEMER (*Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984, págs. 37 y 38) llega a afirmar, por el contrario, que "La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico... Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, el legislador tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses".

² Véase a JUAN TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, 1981 (63), págs. 123 a 149.

de bien jurídico encerraba aun una entidad que era tal "a los ojos del legislador", pero externa al derecho e independiente de él, tras las sucesivas orientaciones autoritarias de tipo teleológico, formalista, tecnicista o funcionalista, ese concepto termina por alejarse sobre el de norma jurídica, pasando a designar "el fin" o la *ratio* de la ley penal, o, incluso, "el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena", dilatándose indefinidamente o, más simplemente, desapareciendo³. Cuando menos, la controversia doctrinal ha servido para poner en cuestión la pretendida eficacia legitimante del principio del bien jurídico, ya que ha hecho evidente que la mera apelación al mismo nada dice sobre su contenido. Aquí se parte de la aceptación de que la función del derecho penal no es sino la protección de bienes jurídicos, y ante ese objetivo, las opciones político-criminales han de valorarse, dentro de un marco político democrático, con criterios de racionalidad, economía y eficacia. De idoneidad, en resumen, para reducir al máximo los comportamientos prohibidos por lesivos.

Lo que no está exento de tensiones. El análisis de la eficiencia de los sistemas jurídicos, que en sus modernas formulaciones surge en el marco del derecho privado anglo-norteamericano, presenta, cuando es aplicado al derecho penal, caracteres específicos, por cuanto, de entrada, obliga a decidirse por modelos que no pueden pretender alcanzar soluciones favorables para todos. El derecho penal afronta situaciones de conflicto cuya solución implica, en términos de análisis económico, costes⁴. Pero, además, el cotejo costes-beneficios responde a variables que no tienen la misma relevancia que en derecho privado. En efecto, incluso pretendiendo una orientación a consecuencias estrictamente preventivas, lo que permite una racionalización del discurso, no cabe articular estrategias de actuación que prescindan de una referencia a valores.

Una vez que la elaboración de alternativas político-criminales da entrada a valores, la ponderación de los costes ha de integrar la eventual colisión de cada una de esas alternativas con los principios garantizadores que se entienden definidores del sistema⁵. Con lo que, a la postre, la cuestión de la legitimación por medio de la eficiencia aparece como punto de partida⁶, pero deja planteadas cuestiones que en la doctrina penal entroncan con el debate, más añejo que el sugerido por el análisis económico del derecho, entre garantismo y utilitarismo.

No procede abordarlas ahora, sino, más modestamente, afrontar la tensión que provoca el recurso a tipos de peligro, con el consiguiente adelantamiento y expansión de la intervención punitiva, en el marco de un sistema penal que se pretende presidido por el principio de intervención mínima.

³ LUIGI FERRAJOLI, *ibidem*, págs. 476 a 479.

⁴ Lo que obliga, en opinión de JESÚS M^o SILVA-SÁNCHEZ ("Eficiencia y derecho penal", en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, 1996 [1], pág. 95) a decidirse por las propuestas conceptuales de KALDOR-HICKS en detrimento de las de PARETO.

⁵ A. MONTERO SOLER y J. TORRES LÓPEZ, *La economía del delito y de las penas*, Granada, 1998, pág. 101.

⁶ Véase a R. BETTINI, "Effetività ed efficacia del diritto nella prospettiva della legittimazione", en *Sociologia del diritto*, 1984 (1), págs. 224 a 227.

Ineludible punto de partida es la constatación de que la antijuridicidad es, en la teoría del delito, el correlato del principio político-criminal de lesividad. Esta, por su parte, no puede ser comprendida si se cercena de su análisis un importante elemento: la necesidad de intervención. De ahí que el principio del bien jurídico, que tiene vocación limitadora, deba ser complementado por el de intervención mínima o intervención necesaria⁷.

Acceptado lo anterior, la problemática suscitada por los delitos de peligro no puede dejar de ser polémica, ya que frente a los de lesión, suponen una anticipación —lógica— de la línea de intervención penal, que se conforma con la concurrencia del peligro, previo, por definición, a la ulterior y eventual lesión⁸. La polémica se ve, a su vez, incrementada por cuanto el recurso a tipos de peligro suele acompañar a la opción legislativa en favor de la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, con el consiguiente riesgo de abandono del modelo propio del Estado de derecho⁹.

La preocupación garantista no debe, sin embargo, provocar resultados contrarios a los queridos. Las líneas que siguen pretenden una caracterización operativa de los tipos de peligro, compatible con las exigencias de los principios de legalidad y lesividad. Lo que supone, igualmente, proponer el rechazo de categorías que, ayunas de esa lesividad, vienen siendo generalmente admitidas, a resguardo de una tormenta crítica que solo parece cernirse sobre los tipos de peligro.

2. CONCEPTO DE PELIGRO

Aunque la propia noción de peligro presenta dificultades que quedaron evidenciadas en las discusiones doctrinales surgidas en el seno de la Gran Comisión para la Reforma del Código Penal alemán, protagonizadas especialmente por WELZEL y DREHER¹⁰, viene aceptándose que se trata de un concepto caracterizado por la concurrencia de dos elementos: es, en primer lugar, una posibilidad lesiva¹¹, no una lesión contrastada; además la eventualidad lo es de un mal que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico.

⁷ De otro modo queda desdibujada la función garantizadora del bien jurídico, con el riesgo de convertirse en pretexto de desmesurados procesos de criminalización. Véase a WINFRIED HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, en *Doctrina penal*, 1989 (46/47), págs. 278 a 280.

⁸ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1996, pág. 313; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998, pág. 107.

⁹ Como crítica, paradigmáticamente, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, págs. 109 a 140.

¹⁰ *Niederschiften über die Sitzungen des Grossen Strafrechtkommission*, Besonderer Teil.8, Bonn, 1959, págs. 417 y ss.

¹¹ Sobre la polémica entre la teoría objetiva y subjetiva y la decantación mayoritaria en favor de aquella, véase a T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 21 a 29.

A) Probabilidad

Que la posibilidad sea más o menos intensa, de modo que quede en mera posibilidad, o que se transforme en probabilidad, ha sido cuestión discutida en la doctrina, pero en términos que hoy deben estimarse superados. Rechazada la utilización determinante de criterios matemáticos o estadísticos —la crítica a los cuales terminó por alcanzar al propio concepto de probabilidad— y aceptada la necesidad de manejar criterios normativos, parece obvio que la mera posibilidad de que se produzca un resultado no autoriza a hablar de peligro; este supone un “grado apreciable de posibilidad”¹², “posibilidad relevante”¹³ o, lo que es lo mismo, “probabilidad”¹⁴. Lo que no requiere la constatación de un coeficiente matemático exacto¹⁵.

La acción ha de ser peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser pre-establecido con carácter general por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre la idoneidad lesiva, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Y el juez ha de decidir si esa acción está jurídico-penalmente prohibida, decisión que no es posible adoptar en el plano del ser, sino en el del deber ser¹⁶.

B) El peligro para un bien jurídico como resultado

La prohibición penal se basa, precisamente, en la eventualidad de lesión. Lo penalmente prohibido es la creación de riesgo para un bien jurídico. En este sentido, los delitos de lesión, o de resultado lesivo, y los de peligro, presentan un objeto jurídico de protección idéntico. Lo que, por otra parte, parece requisito condicionante de legitimación: el sistema penal se dirige a la protección de bienes jurídicos, y esa característica ha de acompañar, también, a los tipos de peligro¹⁷.

La connoción para el bien jurídico, que no es distintiva de los delitos de peligro puesto que la lesividad es nota predicable de todas las manifestaciones de delincuencia, ha de manifestarse mediante un resultado concebido en sentido fáctico, es decir, mediante una modificación del entorno exterior al comportamiento examinado y separable de él espacial o temporalmente.

¹² Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, “Les délits de mis en danger”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (1-2), págs. 204 y 205.

¹³ G. QUINTERO OLIVARES; P. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, Pamplona, 1999, pág. 331.

¹⁴ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1978, pág. 358.

¹⁵ JOSÉ HURTADO POZO, *Droit pénal*, Partie spéciale; I, 3ª ed., Zurich, 1997, pág. 137.

¹⁶ ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pág. 842. Sobre las concepciones normativas del peligro, véase a BERND SCHÜNEMANN, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeiten und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, págs. 796 a 797.

¹⁷ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 7, núm. 16, con información bibliográfica demostrativa de que la doctrina abrumadoramente mayoritaria parte de que la prohibición de poner en peligro deriva de la de lesionar.

No reina, sin embargo, sobre este punto, acuerdo doctrinal, quizás porque, como han observado QUINTERO-MORALES-PRATS, “el uso de la expresión ‘resultado de peligro’ exige de una dosis de sentido jurídico para poder ser comprensible, pues en apariencia si solo se ha creado un peligro lo cierto es que por definición, no ha habido resultado”¹⁸. La aparente contradicción, en efecto, solo puede ser salvada considerando la peculiar naturaleza que frente al resultado “lesión” ofrece el resultado “peligro”.

En la medida que la creación de peligro supone aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico (o el objeto en que se materializa un bien jurídico), concurrirán en el supuesto tanto un resultado jurídico —afectación al bien jurídico imprescindible en todo delito—, como un resultado fáctico —alteración del mundo exterior—, diferenciable espacial y cronológicamente del comportamiento.

Cierto que, aun en el seno de una concepción dualista de lo ilícito penal, se puede partir de la posibilidad —que plantea, sin aceptarla, LAURENZO— de admitir delitos sin esa proyección externa, mediante el procedimiento de entender que el resultado típico es algo más —“el efecto sobre el bien jurídico separable de la acción”— que la perturbación del bien jurídico que fundamenta —includiblemente— el desvalor de resultado. Pero, precisa, “para dar por buena esta alternativa, es preciso preguntarse si realmente es posible pensar en supuestos de perturbación de un bien jurídico —entendido como algo ‘lesionable’— que no signifiquen al mismo tiempo, un fenómeno distinto de la acción, esto es, un auténtico resultado”¹⁹.

La respuesta a tal cuestión puede significar la aceptación de delitos sin ese resultado material. Pero igualmente puede llevar a la conclusión de que si, conforme con el punto de partida dualista del injusto, en todo delito es identificable un objeto de tutela, y “si para su consumación se exige la lesión o puesta en peligro concreto de dicho bien, se dan las bases necesarias para afirmar la existencia de un resultado típico, entendido como efecto separable de la acción”. En apoyo de esta tesis, aporta el ilustrativo ejemplo de las injurias, en las que, a pesar de la falta de concreción fáctica del bien jurídico afectado, la consumación requiere algo más que la sola realización de la acción: un mínimo de difusión. Lo que obliga a entender que no se trata de un delito de mera actividad, sino de resultado. Y esta conclusión será extensible a otros delitos, en la medida que los bienes jurídicos no sean concebidos como meros valores, sino como parcelas de la realidad social, cuya perturbación, a su vez, constituirá un “suceso distinto de la acción”²⁰.

El razonamiento es trasladable, por evidentes razones, a los delitos de peligro —incluso de peligro abstracto—, que no pueden identificarse con la mera acción descrita en el tipo penal. La posesión de drogas del artículo 368 del Código Penal, que es

¹⁸ G. QUINTERO OLIVARES, P. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 330. Aunque luego (pág. 332) en su definición de peligro abstracto manejan un concepto de peligro presunto centrado en la suposición del legislador y ajeno, por tanto, a la consideración del resultado.

¹⁹ P. LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, Valencia, 1992, págs. 168a 169.

²⁰ *Idem, ibidem*, págs. 174 a 177.

ejemplo de delito de peligro abstracto manejado por LUZÓN, "requiere lograr, la disponibilidad libre y pacífica de la sustancia al menos unos momentos; se trata por consiguiente de que el tipo exige un resultado como consecuencia de la conducta (aquí un determinado grado de avance en el acceso a la droga)"²¹.

La conducta ha de manifestarse, pues, como peligrosa, es decir, idónea para afectar el bien jurídico. Lo que implica colocar a este en una situación que no quedaría explicada por la contemplación exclusiva de la acción; de modo que, siguiendo a MARTÍN, habría que concluir que la peligrosidad de la acción, propia de los delitos de peligro abstracto, comporta un riesgo de lesión que, al menos en el plano lógico, se distingue de la acción misma. Observa LAURENZO que los delitos de peligro abstracto, en la medida que respondiesen a la tipología de los denominados delitos de peligro hipotético, no escaparían así a la perspectiva dualista de lo ilícito penal. Y advierte, igualmente, que no se puede llegar a la misma conclusión cuando no es detestable un objeto de protección de la norma, por lo que en estos casos será imposible un resultado, y, en consecuencia, un juicio que lo desvalore. Pero entonces, se debe añadir, que no es rastreable la existencia de peligro ninguno, y lo que se estaría criminalizando es la mera desobediencia, en abierta transgresión de los límites dentro de los cuales el derecho penal está legitimado para actuar²².

La existencia o no de resultado no puede, pues, ser criterio de distinción entre las diversas modalidades de peligro. Esa distinción no puede basarse en la contradicción de considerar en ciertos casos, y no en otros, como peligroso lo que no se ha comprobado que lo sea, sino en la forma en que el peligro creado, que ha de ser probado, afecta al bien jurídico.

3. CLASES DE DELITOS DE PELIGRO

El peligro se afirma en referencia a un bien jurídico. De otro modo no estaría justificada la intervención penal. Y según la naturaleza de la relación del comportamiento peligroso con ese bien jurídico se habla de peligro concreto y de peligro abstracto.

A) Peligro concreto

Los delitos de peligro concreto implican, ya en la terminología de BINDING, una "conmoción" para el bien jurídico, probablemente afectado por haber estado en relación espacial y temporal inmediata con la fuente de peligro²³. Suponen, pues, la proba-

²¹ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 314. Aunque afirma que en los delitos de peligro abstracto "basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico", los ejemplos que maneja —además del citado, propone la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379)— exigen que la conducta revele su peligrosidad mediante sus efectos externos.

²² P. LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, cit., págs. 179 a 181.

²³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Manual de derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1994, pág. 264.

bilidad de lesión de un bien jurídico que se produce por la puesta en peligro de un objeto material o jurídico determinado (p. ej., vida, C. P., arts. 229.3 y 316)²⁴.

Por eso las definiciones que consideran como delitos de peligro concreto a aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, no pueden estimarse suficientes. No puede bastar para fundamentar tal calificación con que en la tipificación se haya establecido expresamente la necesidad de provocación probada de una situación de riesgo, que, por tanto, no puede presumirse como necesariamente derivada de ciertas conductas²⁵, pues con ello no se hace sino definir el peligro. Pero para que este merezca la consideración de concreto es preciso exigir algo más: la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo para un objeto material o jurídico determinado.

La constatación de que se afectó a las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a este en situación próxima a la lesión²⁶, requiere de un análisis *ex post*²⁷ no solo sobre la entidad del peligro creado, sino también sobre su proximidad al bien jurídico.

B) Peligro abstracto

Cuando no es necesario comprobar la puesta en peligro de una parcela o manifestación concreta del bien jurídico, el delito será de peligro abstracto. Lo que no implica que la conducta carezca de lesividad: que el peligro sea real y la conducta peligrosa, aunque no se requiera la constatación en el caso concreto de que lo sea para un objeto (material o jurídico) individualizado²⁸.

Es en este sentido en el que GALLAS entendía que los denominados delitos de peligro abstracto-concreto son una modalidad de los de peligro abstracto, que se dis-

²⁴ En el sentido en el que B. SCHÜNEMANN ("Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", cit., pág. 796) habla de un *individuelles Rechtsgutobjekt*.

²⁵ Como requieren G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., págs. 331 y 332.

²⁶ O "en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión", según T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 37-38.

²⁷ CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108. Sobre las alternativas de análisis *ex ante-ex post* en materia de delitos de peligro, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, págs. 59 a 90.

²⁸ Se trata, pues, de un concepto lejano al tradicional de peligro abstracto, concepto tradicional que en la doctrina española siguen manejando recientes trabajos como los de MATA y R. M. MARTÍN (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pág. 53: "representan únicamente una peligrosidad general de la conducta para el bien jurídico. Esto es, no se exige una real puesta en peligro del bien jurídico, sino que el legislador introduce una presunción de peligrosidad (*iuris et de iure*), basada en una consideración estadística... pero con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad") o C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pág. 134: "El peligro no es más que el motivo que impulsa al legislador a la construcción de un tipo penal, sin que, una vez configurado este, desarrolle ningún otro tipo de función. De aquí se deriva la exención al juez de la verificación de la efectividad del peligro").

tinguen por no exigir la puesta en peligro de un bien jurídico determinado, sino por implicar la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de un tipo determinado²⁹.

Desde ese punto de partida, como ha estudiado RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, la doctrina se ha diversificado entre las tesis que se conforman con una peligrosidad que se da por regla general en la acción típica y las más representativas, que, siguiendo las huellas de MEYER, requieren la verificación en todo caso de la peligrosidad de la acción³⁰.

La confirmación de presencia de efectiva peligrosidad requiere, como han explicitado MARTÍNEZ-BUJÁN³¹ o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, por ejemplo, de un juicio *ex ante*. A lo que esta autora añade que será "absolutamente irrelevante" la producción o no, *ex post*, de peligros concretos.

En efecto, los tipos de peligro abstracto se conforman con la constatación de la peligrosidad de la conducta, y no requieren una comprobación de afectación, potencial, a un objeto en que se materialice el bien jurídico o a una manifestación concreta del mismo. Por tanto, advenir ese extremo, a efectos de la subsunción de la conducta en un tipo de peligro abstracto, sería "absolutamente irrelevante". Pero debemos insistir en que el juicio *ex ante* no se identifica con una valoración estadística efectuada por el legislador, en cuyo caso el peligro sería solo presunto —que dejaría ayuna de legitimidad a la intervención punitiva— sino en una valoración de la peligrosidad del comportamiento, realizada por el juzgador³². Lo que implica que se requiere un juicio que verse tanto sobre las características que, *a priori*, reúne el comportamiento como sobre sus efectos. En este sentido ha de concurrir, también, un juicio *ex post* que advierte que la conducta fue peligrosa porque generó peligro, pero que no es un juicio elaborado a partir del objeto material o jurídico específicamente sometido a situación de riesgo como ocurría en los delitos de peligro concreto³³.

Así considerado, el delito de peligro abstracto se aleja de buena parte de los comportamientos que tradicionalmente han venido siendo englobados —debiendo ser excluidos— en la misma, genérica, rúbrica. Pero pocas conclusiones satisfactorias se

²⁹ WILHELM GALLAS, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en AA.VV., en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag*, Berlín-New York, 1972, págs. 175 y 176.

³⁰ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 291 a 296.

³¹ CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108.

³² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 338.

³³ Sobre la necesidad de introducir ulteriores precisiones cuando se habla de perspectiva *ex ante* o *ex post*, advierte N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 59 y 60. En ocasión anterior JESÚS M^o TERRADILLOS BASOCO, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en TERRADILLOS BASOCO (edit.), *derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, pág. 49, o en *derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pág. 58, se enfatizaba la importancia del juicio sobre idoneidad lesiva *ex ante*, pero puede ahora añadirse que la constatación de idoneidad lesiva requiere comprobación de la creación o incremento de peligro. La perspectiva *ex post*, a que aquí se alude, supone un juicio sobre todos los elementos concurrentes en el comportamiento y en sus efectos. Lo que no implica determinación, *a posteriori*, de objetos afectados, sino, simplemente, de la idoneidad lesiva de la conducta contemplada en concreto.

pueden esperar del manejo de un concepto residual y polivalente de peligro abstracto³⁴, que debe ser superado mediante el estudio "diferencial" de los distintos supuestos³⁵.

En ese análisis diferencial, se ha propuesto en nuestra doctrina partir de la construcción de BINDING³⁶, que distingue entre delitos de peligro y de mera desobediencia, para enlazar con el concepto de delitos de peligro abstracto-concreto, obra de SCHRÖDER³⁷. La tesis de GALLAS, que a grandes rasgos recoge TORIO³⁸, surge de la afirmación de que en los delitos de peligro abstracto la posibilidad de producción de este es elemento necesario, pues son, interpretativamente casos de peligro posible³⁹. TORIO insiste en la exigencia de que el juez advierta no solo la peligrosidad genérica de la conducta (desvalor real de acción), sino también la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado)⁴⁰.

La doctrina española ha aceptado mayoritariamente las propuestas teóricas de TORIO. Así, p. ej., VALLE MUÑOZ advierte, a propósito del delito publicitario del artículo 282, al que considera de peligro hipotético, que "el juez deberá probar, o cuando menos motivar, la capacidad lesiva de la conducta en el caso concreto objeto de examen, no bastando en este sentido con afirmar el peligro inherente a la acción realizada"⁴¹.

Pero una vez consolidada doctrinalmente la corrección de ese "análisis diferencial", y si se acepta que el viejo cajón de sastre de los delitos de peligro abstracto ya solo puede dar cobijo a supuestos de peligro real, procede entender que el doble juicio sobre peligrosidad de la conducta y sobre el resultado peligroso es exigible en todos los supuestos que pretendamos designar como delitos de peligro.

Aceptar lo anterior significa restringir el ámbito de responsabilidad, al exigir que la acción sea positivamente peligrosa, en la línea de ANTOLISEI cuando contundentemente que el peligro debe encerrar la probabilidad de un resultado (lesivo), y que, a

³⁴ Como el ofrecido por N. GARCÍA RIVAS (*Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 43): "Los delitos de peligro abstracto presentan una caracterización puramente negativa: el legislador no expresa la lesión, tampoco obliga al juez a realizar el juicio de peligro; por eso hablamos de un peligro abstracto: es el motivo o la *ratio* legislativa, que el juez no está llamado a ponderar, solo le cumple su constatación formal, esto es, la correspondencia entre la acción realizada y el supuesto de hecho típico".

³⁵ ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", cit., *passim*.

³⁶ Sobre la evolución doctrinal, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 45 a 56.

³⁷ H. SCHRÖDER, "Abstrakte-konkrete Gefährungsdelikte?", en *Juristenzeitung*, 1967 (1), págs. 523 a 525.

³⁸ Sobre los elementos diferenciales que Torio introduce en el sistema de GALLAS, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 52 a 54.

³⁹ WILHELM GALLAS, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", cit., pág. 179.

⁴⁰ ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", cit., pág. 846.

⁴¹ J. M. VALLE MUÑOZ, "Art. 282", en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, pág. 637.

falta de esa potencialidad lesiva, el castigo de los denominados delitos de peligro abstracto era en realidad castigo de un peligro presunto⁴².

En efecto, no condicionar la pena a la constatación del riesgo supone la "volatilización" de la exigencia de ilicitud material; de ahí que se haya argumentado la conveniencia de afirmar la impunidad si en el caso concreto se probase la ausencia de peligro⁴³. Lo que tampoco parece suficiente, puesto que la admisión de prueba en contra es, en el fondo, aceptación de que la fórmula típica supone una presunción de peligrosidad susceptible de ser desmontada en el caso concreto. Las reglas del proceso penal, sin embargo, imponen un punto de partida bien distinto: los elementos que fundamentan la punición han de quedar probados. Y el peligro generado por la conducta, como elemento típico, no constituye excepción.

La cuestión relevante es, entonces, decidir si los delitos de peligro abstracto, así concebidos, requieren explicitación en el tipo de elementos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta o si ello no es necesario⁴⁴. La autorizada opinión de CEREZO se decanta por la primera opción, con el argumento de que, de *lege lata*, una labor interpretativa que exige la presencia de dichos elementos allí donde no lo ha hecho el legislador explícitamente, "llevaría a una nivelación, contraria a la voluntad de la ley, de los delitos de peligro abstracto y los delitos de aptitud para la producción de un daño"⁴⁵. Sin embargo, si se parte de la no aceptación de una categoría residual de los denominados delitos de peligro abstracto en la que se englobarían meras infracciones de resultado material irrelevante, es obligado que el intérprete rellene el silencio legal, sin que por ello se inmiscuya en las competencias del legislador —que no queda exonerado de la obligación de incorporar a los tipos los elementos que expliciten la idoneidad lesiva de la conducta—, sino por imponerlo así el principio constitucional de lesividad.

La exigencia, en todo caso, de riesgo —para bienes jurídicos relevantes— permite eludir la tentación de "bagatelizar" la persecución penal, que ha sido una de las más graves críticas que ha debido soportar el denominado "derecho penal accesorio". Pero

⁴² FRANCESCO ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pág. 142. La posición de ANTOLISEI es ampliamente comentada por N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 40 a 42.

⁴³ Véase a MARINO BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, 1973, págs. 494 y 495; DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 314; C. 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 C. PICO LORENZO (dir.), *Las fronteras del Código Penal y el derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1997, págs. 143 a 146. La técnica responde a las mismas razones que inspiraron la opción del proyecto alternativo alemán por la doble fórmula de delito de riesgo más cláusula negativa, que, sin embargo, supone una revisión de la carga de la prueba: N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 103. Véase a también E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Berlin, 1972, pág. 213.

⁴⁴ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 111. El autor emplea la terminología de peligro hipotético para designar lo que aquí venimos denominando peligro abstracto.

⁴⁵ J. CEREZO MIR, "Prólogo" a J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995, pág. 10.

permite, igualmente, afirmar que alcanzan el nivel garantista propio del "derecho penal nuclear" tanto tradicionales figuras de peligro abstracto, como novedosas modalidades, vinculadas, por ejemplo, a riesgos ambientales o nucleares⁴⁶.

C) Cuestiones terminológicas

La proliferación de terminologías utilizadas para adjetivar el peligro⁴⁷ puede hacer atractivo el empleo de términos distintos a los tradicionales de "concreto" y "abstracto". De hecho, la doctrina, que ha manejado un concepto relativamente pacífico de peligro concreto, no solo ha utilizado el adjetivo abstracto con contenidos diversos, sino que ha propuesto sustituirlo por otros bien distintos, e incluso, se ha servido de acepciones de "abstracto" incompatibles con la propia idea de peligro. Pero parece metodológicamente recomendable centrarse en el estudio de los conceptos y solo partiendo de ahí pasar al de sus etiquetas, para terminar prefiriendo las ya consolidadas, que son las aquí propuestas, en la medida que puedan, con aceptable propiedad, designar las diferentes categorías de peligro.

Quizás procediera, si se pretende sustituir el clásico, vago e impropio calificativo de "abstracto" por otro que incorporara la peligrosidad de la conducta y la probabilidad del resultado peligroso, desterrar la vieja terminología y sustituirla por otra como la de delitos de peligro hipotético⁴⁸. Se sortearía aparentemente el escollo de la confusión. Pero no se salvaría, dado el amplio catálogo de términos que se han venido empleando para aludir a esa realidad heterogénea que, más generalizadamente, se denomina delitos de peligro abstracto.

O se podrían utilizar, como propone GARCÍA RIVAS, términos no alusivos a la naturaleza del peligro, sino a su posición en el tipo de injusto: "ora como conducta peligrosa, ora como resultado de peligro"⁴⁹; pero esta propuesta, además de exceder lo terminológico, tampoco resuelve el problema de designar las modalidades de peligro, en la medida que da por compartida la respuesta frente al cuándo y con qué criterios ha de determinarse la peligrosidad de la conducta, si estadística y apriorísticamente por el legislador, o, en concreto, por el juez, dejando de lado que solo puede calificarse de peligrosa la conducta que genera peligro.

⁴⁶ U. K. KINDHAUSER, "Acera de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 452.

⁴⁷ Así, p. ej., J. M. ESCRIBA GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 72 a 74) habla de peligro implícito y explícito, terminología que, como han criticado MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS VIVES ANTON (*Derecho penal*, Parte general, Valencia, 1996, pág. 301) refleja una distinción puramente formal, que no afronta la cuestión de "la diferente estructura material que puede adoptar el peligro". E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA TOCILDO, prefieren la denominación de peligro concreto y peligro potencial (*Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1986, págs. 164-165). FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, Parte general, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 405), por su parte, habla de delitos de peligro abstracto o presunto y cita como ejemplos en derecho colombiano los de tenencia de explosivos y la corrupción de alimentos y medicinas.

⁴⁸ Así se hace, p. ej., en JUAN M^o TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., págs. 51 a 58.

⁴⁹ N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 56.

Se trata, además, de opciones susceptibles de sugerir la pervivencia de una categoría residual de peligro abstracto, en la que confinar supuestos diversos que no comportan riesgo alguno y que van desde meras infracciones éticas o administrativas a presunciones de peligro. Para evitar precisamente esta tentación es preferible hablar de peligro abstracto, reivindicando que solo cuando realmente haya peligro a bienes jurídicos protegibles puede existir delito. Y afirmando, coherentemente, que se impone una interpretación acorde con el principio de lesividad, y por tanto de consecuencias fuertemente restrictivas, de los preceptos penales en que el legislador no haya explicitado la concurrencia de peligro.

D) Categorías intermedias

Los fundados recelos garantistas frente a los tipos de peligro y las crecientes necesidades de tutela en sectores de la realidad cada vez más amplios, complejos y dinámicos, han provocado un importante esfuerzo doctrinal por encontrar categorías intermedias entre la lesión y la conducta peligrosa —en sus múltiples gradaciones— que satisfagan las exigencias de antijuridicidad material y que a la vez resulten eficaces.

Sin embargo, si se entiende, como no puede ser de otro modo, que los delitos de peligro abstracto requieren la producción de riesgo, y se excluyen con ello, tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*, las infracciones formales o las situaciones de peligro presunto, el campo que se abre a nuevas categorías intermedias es bastante angosto.

Los denominados “delitos de aptitud” pertenecen a este grupo. Caracterizados como una categoría intermedia —“menos que un delito de peligro concreto y más que un delito de peligro abstracto”⁵⁰— en realidad la doctrina ha preferido considerarlos como una modalidad de delitos de peligro concreto o, mayoritariamente desde GALLAS, como delitos de peligro abstracto.

Su característica definidora radica en que incorporan elementos de aptitud lesiva, lo que veta la identificación entre acción corporal y conducta típica: esta implica un *plus*, cuya constatación requiere un juicio *ex post* sobre la relación de riesgo, sobreañadido al que se emite sobre la acción⁵¹.

Si ese juicio *ex post* versare sobre la puesta en peligro de objetos determinados, estaríamos en presencia de delitos de peligro concreto. Si supone un examen que añade a la constatación de la peligrosidad de la conducta en general la peligrosidad que puede afirmarse a la vista de las circunstancias concurrentes, no solo en el comportamiento, sino también en sus efectos —pero sin abarcar la incidencia negativa sobre las condiciones de seguridad de un objeto material o jurídico concreto— el peligro será abstracto.

⁵⁰ KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pág. 182.

⁵¹ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 134.

Afirmar, al igual que antes se hizo a propósito de los denominados “delitos de peligro hipotético”, tan próximos a estos, que se trata de delitos de peligro abstracto, parece adecuado porque en todos ellos es preciso un juicio de idoneidad y de posibilidad lesiva⁵². Y si no se dan estos elementos no hay peligro⁵³.

También se vienen considerando como modalidad de delitos de peligro los supuestos de protección de bienes jurídicos individuales o individualizables mediante la tutela de intereses supraindividuales, institucionalizados o difusos. No se trata de la puesta en práctica de una decisión político-criminal de tutela autónoma de estos intereses, sino de preservarlos en cuanto condicionantes de la mejor protección de aquellos bienes jurídicos.

Si, en traducción de esa opción político-criminal, se elevan los intereses instrumentales a la categoría de bien jurídico, la afectación negativa al mismo podrá revestir la forma de delito de lesión o de peligro. Y si ese interés no alcanza la naturaleza de bien jurídico, conservándose como tal el mediato, la afectación a aquel es un elemento más integrante de la conducta típica. Sería el caso de las falsedades en la información social; por sí solas no tienen relevancia penal, a efectos del artículo 290 del Código Penal, si no se ponen en relación con la idoneidad (peligrosidad) para afectar al bien jurídico patrimonial protegido⁵⁴. Por tanto, se trata de supuestos que deberán ser considerados delitos de peligro concreto o abstracto según el grado de identificabilidad del objeto material o jurídico probadamente sometido a la situación de riesgo. Pero sin que haya que recurrir a categorías intermedias.

4. EXCLUSIONES

Si la denominación “delitos de peligro” se adecua solo a conductas que implican menoscabo de las condiciones preexistentes de seguridad de un bien jurídico, deben estimarse definitivamente superadas las pretensiones doctrinales de calificar como tales a supuestos delictivos en los que la idea misma de peligro está ausente. Pretensiones que han constituido una de las más preocupantes manifestaciones de la preocupante “huida al derecho penal” a expensas de los principios de legalidad y de lesividad.

⁵² Con lo que la adjetivación de “hipotético” aparece como inadecuada para un peligro real.

⁵³ Los ejemplos de delitos de aptitud manejados por CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ (*Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 111) —artículos 282 y 290— serían así casos de peligro abstracto, en el concepto de tal que aquí se ha manejado. Esa terminología es la misma que utilicé con anterioridad (p. ej., en JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, en DEL ROSAL BLASCO (edit.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pág. 275). Pero si se acepta el concepto de peligro abstracto aquí propuesto, no hay objeciones, y sí razones de simplificación terminológica, para afirmar que el delito del art. 290 es de peligro abstracto; véase a JUAN M^o TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, cit., pág. 49, nota 58.

⁵⁴ JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, cit., pág. 274.

A) Peligro presunto

El recurso a los delitos de peligro puede en principio ser un fácil expediente para eludir problemas de prueba⁵⁵. De hecho, las dificultades de imputación objetiva del resultado dañoso están en el origen de buena parte de los tipos de peligro abstracto⁵⁶, que pretendidamente liberarían de la obligación de verificar en concreto la corrección del pronóstico de peligro elaborado por el legislador, aceptando como bueno el esquema de que este se limita a utilizar los datos ofrecidos por experiencias anteriores para establecer, contando con peritajes especializados, una "causalidad general"⁵⁷, una ley estadística que exoneraría al juzgador de la engorrosa tarea de comprobar el peligro eventualmente generado en cada caso. Su labor sería la de aplicar una definición bien delimitada y no la de entregarse a apreciaciones inciertas. Con lo que se ganaría en certeza y, además, se garantizaría el respeto al principio de igualdad⁵⁸.

Pero se trata de argumentos que no se sostienen: las dificultades del juez para constatar la situación de peligro siempre serán menores que las del legislador, que opera *a priori* y sobre abstracciones⁵⁹. Por otra parte, el pronóstico del legislador no adverbado por el juzgador no pasa de ser una estadística, que no puede fundamentar la afirmación de responsabilidad criminal individual. Una presunción *contra reo* que vicia, haciéndola inaceptable, la identificación "peligro abstracto-peligro presunto", que, a su vez, ha venido brindando argumentos a quienes se oponen a la proliferación de los tipos de peligro abstracto como forma más representativa del denostado derecho penal "moderno".

Tienen, pues, razón HASSEMER y MUÑOZ CONDE cuando denuncian que "al prescindir del perjuicio se prescinde también de la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha inculpada. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente"⁶⁰.

Esta descalificación acude al recurso, dialécticamente rentable, pero justificado, de ver el origen de la expansión de los tipos de peligro abstracto en los problemas de

⁵⁵ M. M^a SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*Los delitos societarios*, Pamplona, 1996, pág. 42), da prueba, con argumentos que incluyen consideraciones sobre la analogía.

⁵⁶ I. SÁNCHEZ GARCÍA, "El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)", en *Actualidad Penal*, 1997 (25), pág. 559.

⁵⁷ KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, cit., pág. 183. En opinión del autor, su propuesta de aceptación de una causalidad estadística ha sido aceptada mayoritariamente en la doctrina alemana. A la misma idea responde el concepto de delito de peligro abstracto que utiliza MARINO BARBERO SANTOS ("Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", cit., pág. 489) o, el que inicialmente proponen G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., págs. 331 y 332.

⁵⁸ Véase a C. PEDRAZZI, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (112), pág. 431.

⁵⁹ JUAN TERRADILLOS BASOCO, "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el nuevo Código Penal español", en *Thémis*, 1997 (36), pág. 301.

⁶⁰ WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, págs. 29 y 30.

prueba, y de rechazarlos como una manifestación de presunción en perjuicio del reo. Claro está que se trata de una crítica válida solo frente a la identificación del peligro abstracto con el peligro presunto, no aceptada unánimemente por la doctrina. Al respecto observan QUINTERO-MORALES-PRATS que "algunos penalistas sostienen, no sin razón, que en los supuestos que en realidad no hubiera existido peligro alguno, se podrá poner en cuestión si el tipo se realizó realmente o solo en apariencia, pues una cosa es aligerar el problema de la prueba y otra, distinta, no admitir en contra prueba alguna... Este modo de enfocar el significado de los delitos de peligro abstracto es realmente más concorde con postulados político-criminales importantes (*ultima ratio*) que el formalismo automatista que ve en ellos la encarnación de una presunción *iuris et de iure*, pero hay que reconocer que tropieza con el rigorismo con que el derecho positivo formula los delitos de peligro abstracto, pues, incluso a veces, parece que el peligro no va más allá de una consideración tenida en cuenta por el legislador apenas reflejada en el tipo. Mas sea como fuere, la ausencia absoluta de peligro no ha de desdénarse, sino que debería dar lugar a la exclusión de la tipicidad"⁶¹.

Procede, sin embargo, ir más allá, porque esa "ausencia absoluta de peligro" no permite, por razones obvias, hablar de delitos de peligro. Y si es cierto que en algunos casos la lesividad no queda recogida expresamente por el derecho positivo, de modo que "apenas queda reflejada en el tipo", no lo es menos que compete al intérprete proponer lecturas que trasciendan la crítica y que, consecuentemente, incorporen la lesividad imprescindible en toda conducta delictiva⁶². En ningún caso la sentencia condenatoria queda exenta de la obligación de fundamentarse en hechos probados, y, entre ellos, la imputación objetiva de la aminoración de condiciones de seguridad al sujeto cuyo comportamiento se enjuicia, sin que frente a esta exigencia de prueba en concreto puedan prevalecer pretendidas "reglas generales".

B) "Infracciones" morales, civiles, formales

Tampoco puede aceptarse la acrítica consideración como delitos de peligro de comportamientos castigados en razón de una determinada visión moral, política o social de la realidad. Haciéndolo, el intérprete encubriría bajo la rúbrica del peligro conductas que no suponen riesgo para bien jurídico alguno, o que implican un riesgo mínimo.

De esta crítica se hacía acreedora, la doctrina española que consideraba delito de peligro abstracto el escándalo público descrito en el artículo 431 del anterior Código Penal. Se trataba de una conducta opuesta a ciertas pautas de comportamiento en materia sexual que, como tal, no podía ingresar en el catálogo de delitos de un Código democrático⁶³.

⁶¹ G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 332.

⁶² Véase *supra*, III.2, *in fine*.

⁶³ Otra cosa, y bien distinta, es que la doctrina, en lugar de considerar peligrosa (¿para qué bienes jurídicos?) la conducta escandalosa, hubiera exigido para considerarla típica que, además, constituyera un peligro relevante para la libertad sexual o para la indemnidad sexual de menores o deficientes mentales. Véase a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, Valencia, 1996, pág. 201.

La carencia de lesividad de estos supuestos es compartida por los casos en los que el contenido de injusto que ha de evitarse no rebasa la órbita de la ilicitud civil. El ilustrativo ejemplo que aporta MARTÍNEZ-BUJÁN de estos pretendidos delitos de peligro abstracto —la obstaculización al ejercicio de ciertos derechos de los socios (art. 293)—⁶⁴ es, en efecto, ilustrativo, pero de que no hay peligro (para un bien jurídico penalmente relevante).

La misma ausencia de lesividad es detestable en la criminalización de meras infracciones administrativas⁶⁵. Es lo que viene ocurriendo con más frecuencia de la deseable en el ámbito del derecho penal económico en el que tienen cabida tipos puramente formales, carentes de cualquier atisbo de injusto material, como es el caso, según opinión mayoritaria, del artículo 294⁶⁶. Calificados por la doctrina como “delitos de pura desobediencia” (JAKOBS) o “con función puramente organizativa” (SCHÜNEMANN)⁶⁷, es denominador común a todos ellos el que “el sedicente interés abstracto” resulta vulnerado por la mera infracción de la prohibición, sin que el injusto penal incorpore elemento material alguno con efecto restrictivo⁶⁸.

Elevar en estos casos a la categoría de delito la infracción es elevar artificialmente la lesividad de los comportamientos incriminados, hipervalorando el elemento organizativo-formal propio de la actuación administrativa, cuya alteración no puede, *per se*, entenderse acreedora de pena.

Esta conclusión no queda enervada por el argumento, que apela a razones materiales, de que el castigo de la desobediencia, como ya pretendiera BINDING, se justifica por el peligro que generalmente implican las acciones prohibidas o por el que pudiera derivarse de la impunidad de la clase de acciones a que aquella pertenece⁶⁹. De admitir la punición de estas simples prohibiciones⁷⁰ se consagraría la contradicción de penalizar por un peligro que ni ha existido, ni siquiera importa que exista, puesto que se renuncia a constatar una relación de probabilidad. Y, como advierte ARROYO ZAPATERO, se violarían principios básicos rectores del sistema penal propio del Estado de derecho

al atentar contra el principio de legalidad, al castigar la mera peligrosidad personal del sujeto y no la culpabilidad por sus hechos y, en definitiva, al posibilitar la imposición de penas sin proteger con ello bien jurídico alguno, ya que solo puede hablarse de protección frente a un ataque, y ataque es solo la lesión o la puesta en peligro⁷¹.

Se trata de un retorno paladino a la identificación entre peligro abstracto y peligro presunto —aunque no ya por razones de prueba—, que olvida el concluyente dato de que en materia procesal penal no caben presunciones y de que el peligro no probado no puede constituirse en presupuesto de la punición.

C) Delitos de mera actividad

El concepto de peligro que se viene manejando, que es el que impone una elemental interpretación gramatical, permite revisar la tesis de que los delitos de peligro abstracto deben ser considerados delitos de mera actividad.

Así se ha mantenido, siguiendo una corriente que se ha pretendido mayoritaria⁷² pero que no lo es, que es preciso relacionar los delitos de peligro con la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, que llevada al ámbito del peligro supondría diferenciar “entre delitos de mera conducta peligrosa, cuyo injusto se agota en el desvalor de acción, y delitos de resultado de peligro, con una configuración dualista del injusto por añadir al anterior un desvalor (real) de resultado”⁷³.

Quizás esta propuesta pueda ponerse en entredicho si se acepta que la distinción “mera actividad-resultado”, se sitúa en la teoría de la acción y si se comparte la opinión mayoritaria que entiende que en los delitos de mera actividad se castiga una conducta determinada (que el legislador habrá entendido como causante de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)⁷⁴, haciendo abstracción del resultado material que de la misma se derive, mientras que en los de resultado se requiere un efecto separable en el tiempo y en el espacio de aquella conducta. Si el peligro, también el abstracto, supone remoción o aminoración de la situación de seguridad previamente existente, los delitos de peligro comportarán un resultado material, diferenciable de la actividad del agente⁷⁵.

⁷⁰ Véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 39 y 40.

⁷¹ L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pág. 251.

⁷² Por parte de N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 53.

⁷³ N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 54 y 55.

⁷⁴ G. ARZT, “Erfolgssdelikt und Tatigkeitsdelikt”: *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, 1990 (2), págs. 166 a 169.

⁷⁵ CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108. También DIEGO M. LUZÓN PEÑA (*Curso de derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 314) mantiene que “los tipos de peligro abstracto generalmente son delitos de mera conducta, pero en algún caso pueden ser ‘tipos de resultado’”. Sin embargo los ejemplos que maneja de delito de peligro abstracto (C. P., arts. 379 y 368I) difícilmente pueden ser catalogados como de mera conducta: el primero castiga la conducción bajo la influencia de drogas; pero no cualquier conducción bajo esa influencia es típica, sino solo la que tiene trascendencia externa en un ámbito cuyas condiciones de seguridad preexistentes se modifican. En cuanto a la posesión de drogas del art. 368, el propio autor la considera un delito de resultado.

⁶⁴ CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 109.

⁶⁵ JUAN BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMÁZABAL MOLARÉE, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 264. Así pues, la mera oposición a norma no puede coexistir con las ideas de lesión o peligro, construidas con base, precisamente, en la de bien jurídico. De ahí que MANUEL COBO DEL ROSAL, y TOMÁS VIVES ANTÓN (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 409, núm. 26) rechacen la dualidad “delitos formales-delitos materiales”, en cuanto que “el injusto típico no es nunca una nueva forma vacía, sino que comporta, en todo caso, un contenido lesivo”.

⁶⁶ Véase a JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, cit., pág. 284. J. M. VALLE MUÑOZ, (“De los delitos societarios”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, pág. 284) propone razonables criterios de interpretación restrictiva.

⁶⁷ Severamente criticados por T. RÓDRIGUEZ MONTAÑÉS, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 340.

⁶⁸ CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., págs. 108 y 109.

⁶⁹ MANUEL COBO DEL ROSAL, y TOMÁS VIVES ANTÓN (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 302, núm. 41; T. RÓDRIGUEZ MONTAÑÉS (*Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 238 a 241) ofrece una exhaustiva referencia doctrinal acreditativo de que se trata de la tesis mayoritaria en Alemania, pero minoritaria en España.

El tipo subjetivo es, por otra parte, distinto en los delitos de mera actividad y en los de peligro. La forma dolosa de estos requiere, como mínimo, la aceptación de que el comportamiento propio tiene como consecuencia la aminoración de condiciones de seguridad de un bien jurídico⁷⁶. En el delito de mera actividad, el dolo se conforma con abarcar el comportamiento del sujeto activo, sin extenderse a sus ulteriores efectos⁷⁷.

Finalmente, no parece aconsejable una interpretación que lleve a identificar delitos de mera actividad allí donde esa caracterización resulte evitable, puesto que en ellos el resultado, puramente jurídico, no es referencia suficiente para construir una fundamentación dual del injusto. En efecto, el juicio de desvalor sobre el resultado, concebido solo como afección (ideal) al bien jurídico es, si se prescinde del cómo se afecta a ese bien, desvalorar por una presunción estadística del legislador, que puede estar en el telos de ciertos preceptos penales, pero que no puede ser relevante si no resulta averada, en el caso concreto, por el juzgador.

Que ese sea el esquema a que responden los delitos de mera actividad, categoría que sufre continuas revisiones y críticas doctrinales⁷⁸ y que el intérprete ha de entender en términos restrictivos, no autoriza a etiquetar así los delitos de peligro.

5. BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

La política criminal actual se caracteriza, entre otras notas, por la identificación de nuevas zonas de intervención construidas, las más de las veces, en torno a bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, de titularidad social o colectiva⁷⁹.

Admitirlos implica aceptar las propuestas de las tesis dualistas, en cuya virtud se pueden distinguir junto a los bienes jurídicos de naturaleza individual, los colectivos o supraindividuales⁸⁰, sobre cuya trascendencia en nuestro modelo constitucional no deben caber hoy dudas⁸¹. Lo que no supone reconocer, en el plano político, la libérrima facultad del legislador para “crear bienes jurídicos colectivos: estos han de quedar subordinados, como complementarios, a los de impronta individual —que constituyen la base de nuestro sistema político y jurídico—, y a su defensa estarán teleológicamente

⁷⁶ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 339.

⁷⁷ Ciertos comportamientos imprudentes pueden ser calificados como delitos de mera actividad: párrafo último del art. 467, según J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, II, Madrid, 1998, pág. 179.

⁷⁸ LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en derecho penal*, cit., pág. 183.

⁷⁹ En referencia crítica al Código Penal español, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principii e tendenze”, en *L'Indice Penale*, 1996 (3), pág. 652.

⁸⁰ Representante paradigmático de la concepción dualista es KLAUS TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, págs. 117 a 120.

⁸¹ Véase a J. M. PRATS CANUT, “Los intereses colectivos”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1994 (20), págs. 27 a 36.

preordenados⁸². Pero, desde el punto de vista dogmático, es obvio que existen intereses supraindividuales que, al ser tomados por el legislador como objeto jurídico de tutela, presentan características distintas a las propias de los bienes jurídicos individuales.

Las dificultades de prueba, pero también las de definición, han constituido para el legislador una poderosa tentación a recurrir a tipos de peligro en defensa de estos bienes jurídicos supraindividuales, especialmente en el ámbito socio-económico. Lo que, como no podía ser de otro modo, ha generado las consiguientes objeciones, aunque muchas de ellas dirigidas más a cuestionar la intervención penal en ese sector que la técnica seguida para hacerlo.

De lo que ya puede deducirse la necesidad de distinguir entre críticas técnicas político-criminales a los delitos de peligro y críticas políticas a la criminalización en un ámbito que se viene identificando como distinto, aunque paralelo, al del derecho penal clásico, en el que quedarían relativizadas ciertas garantías tradicionales y que podría, incluso, responder a principios propios. No puede tratarse aquí la trascendental temática que suscita este segundo grupo de argumentos. Aunque parece recomendable afirmar, como punto de partida, que los instrumentos teóricos que han servido para crear y desarrollar la dogmática penal solo deben ser revisados en la medida que se revelen inidóneos para resolver los problemas suscitados por las nuevas necesidades preventivas, momento que aún no ha llegado. La dogmática propia del derecho penal democrático, por otra parte, responde a principios político-criminales de impronta garantista que no pueden dejarse de lado al proponer vías de actuación adecuadas a esas necesidades: es desde aquellos desde donde habrá que analizar críticamente cada opción político-criminal, ya afecte a los delitos de homicidio o injurias, ya se proyecte sobre la ingeniería genética o la financiera. Y no al revés, esto es, supeditando los principios garantizadores a los nuevos objetivos punitivos.

Volviendo, pues, a las críticas técnicas a la utilización de delitos de peligro, procede distinguir, dejando ahora de lado, por menos polémicas, los bienes jurídicos individuales, entre bienes jurídicos institucionalizados de titularidad individual o individualizable (p. ej., capacidad recaudatoria o recursos de la hacienda pública), bienes supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (p. ej., medio ambiente), y bienes colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (p. ej., transparencia del mercado de valores)⁸³.

A) Bienes jurídicos institucionalizados

La tutela de los primeros acudiendo a tipos de estructura tradicional de lesión o de peligro concreto no debe plantear problemas dogmáticos. Así ocurre en los delitos

⁸² Véase a JUAN M^a TERRADILLOS BASOCO, *derecho penal de la empresa*, cit., pág. 48. Precisamente la funcionalización de los intereses del Estado a los de los individuos constituye la preocupación básica de HASSEMER para elaborar su teoría monista personalista (WINFRIED HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personalista del bien jurídico”, cit., pág. 281).

⁸³ Se trata de categorías semejantes a las propuestas en su momento por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos. Repercusiones de la labor legislativa de JIMÉNEZ DE ASÚA en el Código Penal de 1932”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, 1986 (11), pág. 161.

contra el orden socio-económico concebido en sentido formal, es decir, en los delitos contra la regulación jurídica de la intervención pública en la economía, que son delitos mono-ofensivos, en la medida que los intereses plurales y colectivos a que afectan pasan a un segundo plano, porque un sujeto, la administración, ha mediado expresamente en la hipotética relación autor-víctima última, constituyéndose en titular directo del bien jurídico afectado.

B) Bienes que constituyen bases estructurales del sistema

Más compleja resulta la protección penal de aquellos bienes jurídicos, colectivos, que se identifican con elementos estructurales del sistema, cuestión sobre la que es predominante la opinión de que es inevitable el recurso a tipos de peligro abstracto⁸⁴.

La legitimidad constitucional y la funcionalidad político-criminal de la decantación legislativa por los tipos de peligro ha de valorarse, desde la perspectiva de la importancia y características del bien que se ha de tutelar⁸⁵. Por tanto, habrá que tener presentes los problemas que plantea la pluriofensividad de los delitos contra bienes sociales o colectivos básicos; problemas, en buena medida, nuevos, pero que, en parte, pueden ser afrontados con técnicas ya conocidas en los códigos penales de impronta liberal, que también hubieron de asumir la tutela de ciertos intereses supraindividuales, como pueden ser el orden o la salud públicos⁸⁶. Ocurre que el punto de referencia, en el marco del Estado guardián, era la persona, mientras que en el social, decididamente intervencionista, lo son también los procesos socioeconómicos⁸⁷.

La claridad de estos argumentos no puede, sin embargo, provocar el espejismo de que reflejen toda la realidad. Esta es más compleja. Porque cuando se atribuye el carácter de bien jurídico penalmente tutelado a mecanismos y funciones económicas⁸⁸, ciertamente se da un paso no autorizado: el paso, denunciado por HASSEMER, que va de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones⁸⁹. Se condiciona así gravemente la eficacia crítico-garantista de un bien jurídico que por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrá erigirse en criterio definidor ni limitador del poder

⁸⁴ H. OTTO, "El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto", en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 461.

⁸⁵ B. SCHÜNEMANN, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte im Strafrecht", cit., pág. 798.

⁸⁶ Véase a J. CÓRDOBA RODA, "Les délits de mise en danger", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (1-2), pág. 359; G. GROSSO, "Diritto penale e tutela della salute", en G. NEPPI MODONA, y otros, *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, págs. 97 y 98.

⁸⁷ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., págs. 153 y 154.

⁸⁸ Que no tienen carácter estructural.

⁸⁹ WINFRIED HASSEMER, "Umweltschutz durch Strafrecht": *Neue Kriminalpolitik*, 1988, págs. 47 y ss; en el mismo sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principi e tendenze*, cit., pág. 655.

punitivo, y menos aún en los delitos de peligro, sobre todo abstracto⁹⁰. El interés en la adecuada utilización de las subvenciones públicas —ejemplo propuesto por HASSEMER— por evidente que sea su relevancia, no es fácilmente caracterizable como bien jurídico, sino como objetivo de carácter político, social o económico y su tutela, más que de auténticos bienes, lo es de funciones⁹¹.

Sin embargo, los bienes de que ahora se trata no se limitan a los sugeridos por ese ejemplo. Tienen razón HASSEMER y sus seguidores en su llamada de alerta ante una posible expansión del derecho penal, que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela de bienes jurídicos, convirtiéndolo en un instrumento puramente funcionalista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborado al margen de las garantías propias del Estado de derecho⁹². Pero, en ciertos ámbitos, como puede ser el de la seguridad en el trabajo, los bienes jurídicos puestos en juego —vida, salud— distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador⁹³. Lo mismo puede decirse de los supuestos de responsabilidad por el producto, en los que está en juego la vida o la integridad física de los consumidores⁹⁴. Y, por otra parte, no parece que sea este ámbito el más acuciantemente necesitado de un recorte de la intervención punitiva. La nota clasista que ha venido caracterizando al derecho penal como instrumento de control no puede ignorarse al reivindicar que se abstenga de ampliar su campo de acción a nuevas conductas, de gran lesividad, y que se mantenga en sus tradicionales guetos de marginalidad⁹⁵.

Por otra parte, en el marco de la delincuencia socio-económica, que es el marco en que estas cuestiones se han manifestado con toda su actitud, resulta encomiable la preocupación político-criminal de no consagrar la ineficacia que se derivaría de exigir la constatación de perjuicio a un orden global que, considerado en su integridad, no es susceptible de menoscabo cuantificable. Parece, además, obvio que, de no adelantar la intervención penal a momentos previos a la causación de perjuicio económico probado, la lesión de los mecanismos básicos de funcionamiento y la pérdida de confianza colectiva en ellos depositada se producirá, y de modo irreparable, antes⁹⁶.

⁹⁰ WINFRIED HASSEMER, "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici", en *Dei delitti e delle pene*, 1984 (1), págs. 109 a 111.

⁹¹ *Idem. ibidem*, págs. 109 y 110.

⁹² CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *derecho penal económico, Parte general*, cit., págs. 22-23.

⁹³ Véase a JUAN M^a TERRADILLOS BASOCO, "Delitos contra la seguridad en el trabajo, Cuestiones concursales. Calificación de la imprudencia", en *Revista de Derecho Social*, 1998 (3), pág. 172, núm. 4.

⁹⁴ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad por el producto", en AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. D. José Ramón Casabó Ruiz Valencia*, 1997, pág. 710. En la misma propuesta coincide SUAY HERNÁNDEZ C., "Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador", cit., pág. 169.

⁹⁵ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *derecho penal económico, Parte general*, cit., pág. 26.

⁹⁶ KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, cit., págs. 240 y 241.

Desde el punto de vista técnico, las posibilidades de recurrir, funcionalmente, a tipos de lesión o de peligro concreto, son consideradas escasas por la doctrina⁹⁷. En este sentido se pronuncia ARROYO cuando afirma tajantemente que "la única técnica posible para tutelar estos bienes jurídicos es la acuñación de delitos de peligro abstracto" dado que la lesión, en sentido naturalístico, no responderá normalmente a un determinado comportamiento, sino a una constelación de ellos⁹⁸. El mismo autor admite que, de hecho, pueden producirse resultados lesivos consistentes en un constatable menoscabo, p. ej., del medio ambiente, lo que abre al legislador la posibilidad de recurrir a tipos de lesión⁹⁹. Pero la opción por los tipos de peligro en este ámbito viene privilegiada¹⁰⁰ no tanto por las dificultades probatorias de identificación de la fuente del daño, como por la decisión político-criminal de adelantar la intervención penal a la fase de lo peligroso¹⁰¹, en la convicción de que cuando se trata de bienes colectivos o sociales que, como el medio ambiente, son normalmente afectados por procesos largos en el tiempo, en los que concurren multitud de elementos que se relacionan recíprocamente provocando consecuencias que no son la simple suma de las que provocarían cada uno de ellos, de modo que aquellas, con ser vaticinables no pueden ser apriorísticamente valoradas, esperar a la constatación de lesión, y pretender que los contornos del resultado lesivo sean abarcados por el dolo del sujeto, es tanto como garantizar la impunidad y la consiguiente desprotección del bien jurídico. Frente a la inhibición, o a la criminalización de la lesión en términos tan vagos que nada describirían, resulta preferible el recurso a tipos de peligro. Y de peligro abstracto, por cuanto identificar en un bien jurídico de tal amplitud un objeto material sometido a riesgo por el comportamiento del sujeto activo sería minimizar la importancia de un bien jurídico, por definición, más amplio y complejo.

C) Bienes intermedios

Entre la aceptación, por inevitables, de los tipos de peligro abstracto y su rechazo, como manifestación de funciones políticas que no puede hacer suyas el sistema penal, caben posiciones intermedias que parten de la constatación de importantes diferencias entre los diversos bienes jurídicos supraindividuales y que obliga a distinguir entre aquellos que merecen la consideración de bienes jurídicos autónomamente

tutelables (p. ej., el medio ambiente)¹⁰², a los que ya se ha hecho referencia, y aquellos cuya tutela penal no es autónoma, sino que se explica por la necesidad de proteger otros bienes jurídicos que les trascienden (p. ej., la transparencia del mercado de valores)¹⁰³.

Para designarlos, en la doctrina española se han empleado, tomándolas de SCHÜNEMANN y de JAKOBS, las denominaciones de bienes jurídicos intermedios¹⁰⁴ o bienes jurídicos intermedios con función representativa.

Tal terminología puede, sin embargo, resultar equívoca, por cuanto designa dos situaciones distintas. En primer lugar se refiere a supuestos en que la probabilidad de lesión de un bien jurídico exija, a su vez, la afectación a otro (p. ej., C. P., art. 325, *in fine*)¹⁰⁵. Estos tipos complejos se construyen por adición, de modo que, desde el punto de vista de su tratamiento dogmático, es predicable de ellos lo que se mantenga respecto a los delitos de lesión y a los de peligro.

La otra acepción es la que aquí importa: intereses o situaciones cuya defensa se estima necesaria para la protección de los "genuinos bienes jurídicos individuales, o individualizables"¹⁰⁶.

Cuando la tutela de un bien jurídico aparece ligada a situaciones determinadas que condicionan su seguridad, el legislador tiene tres opciones: proteger el bien jurídico directamente, desentendiéndose de esa situación instrumental; proteger el bien jurídico teniendo en cuenta la situación instrumental; decidirse por la protección autónoma de la situación instrumental, puesto que así garantizará la del bien "último". Si tomamos como referencia la actuación del *insider trading* en el mercado bursátil, las tres opciones podrían ejemplificarse así: protección de los intereses del inversor acudiendo a tipos de lesión, como los genéricos de estafa o apropiación indebida; protección del bien jurídico "patrimonio del inversor", exigiendo su lesión o puesta en peligro mediante comportamientos mercantilmente ilícitos; consideración de la transparencia y lealtad del agente bursátil como bien jurídico.

En el primer caso, el legislador tomará la decisión menos compleja dogmáticamente, pero también menos idónea político-criminalmente.

En el segundo, la búsqueda de eficacia requerirá el recurso a tipos de peligro, por cuanto exigir lesión, sería, solo incidir en los ámbitos propios de los delitos tradiciona-

⁹⁷ El art. 45 de la Constitución española impone el recurso a sanciones penales frente a conductas contra el medio ambiente.

⁹⁸ Que en el Código Penal español no constituye un auténtico bien jurídico, ya que el art. 285 castiga el abuso de información reservada solo en la medida que produzca un perjuicio o beneficio determinado. Véase a JUAN M^o TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 191.

⁹⁹ Por ejemplo en la reciente monografía de MATA y R. M. MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit.

¹⁰⁰ Es el ejemplo propuesto por MATA y R. M. MARTÍN (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pág. 27), pues en él "encontramos la referencia (tácita), al bien jurídico (colectivo) medio ambiente y el ataque (explícito) al bien jurídico (individual) salud de las personas".

¹⁰¹ CARLOS MARTÍNEZ-BUIAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

⁹⁷ CARLOS MARTÍNEZ-BUIAN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

⁹⁸ LUIS ARROYO ZAPATERO, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista penal*, 1997 (1), pág. 8.

⁹⁹ En este sentido se ha pronunciado también Maqueda Abreu M. L., "La idea del peligro en el moderno derecho penal", en *Actualidad penal*, 1994 (1) pág. 492.

¹⁰⁰ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pág. 78, núm.18; KALUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, HAMBURG, 1976, págs. 81 y 82; WINFRIED HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Véase abrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt am Main, 1973, págs. 220 y ss.

¹⁰¹ G. GRASSO "L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentatio", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, págs. 715 y 716.

les, y aún más restringidos, por cuanto ha de concurrir, además, el ilícito bursátil¹⁰⁷. El interés supraindividual quedará afectado al ponerse en peligro (abstracto) los bienes jurídicos últimos, de los que serán titulares individuos concretos¹⁰⁸.

En el tercero, pueden evitarse los tipos de peligro acudiendo a delitos de lesión para un bien jurídico definido y constatable. En consecuencia, por volver al ejemplo anterior, será también digno de protección penal el interés supra individual en el funcionamiento del mercado de capitales, del mismo modo que en los delitos relacionados con las drogas se protege un interés que va más allá del propio del consumidor, sin que la doctrina penal se rasgue por ello las vestiduras¹⁰⁹, puesto que, como manifiesta el Tribunal Constitucional¹¹⁰, "estamos en un supuesto en el que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal".

Es en este sentido en el que observa MAZZACUVA que la falsificación de los balances puede ser considerada como delito de peligro abstracto por quienes entienden que el objeto de tutela es el patrimonio individual, pero sería más correcto entenderlo como "ilícito de daño", puesto que la conducta criminal lesiona efectivamente el interés colectivo en la exposición verdadera de la situación económica de la empresa¹¹¹. En términos no muy lejanos, entiende RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que la técnica más adecuada en estos casos es la de los delitos de peligro abstracto, aunque aceptando que "formalmente estamos ante delitos de lesión" de bienes instrumentales cuya tutela no supone anticipación de la tutela de los bienes esenciales¹¹².

No habría, en efecto, adelantamiento de la protección penal porque, como mantiene OTTO, en estos casos lo que aparece como delito de peligro para bienes concretos es en realidad lesión de los colectivos, p. ej., la confianza en el correcto funcionamiento de las instituciones económicas. El castigo de la lesión de estos bienes no supone, en su opinión, adelantar barrera penal alguna¹¹³ ni criminalizar la provocación de "perjuicios difusos" sino tutelar penalmente "órdenes que, primordialmente posibilitan desarrollos individuales" cuya legitimidad no puede ser discutida, del mismo modo que nadie la discute en el caso de los delitos de falsificación de documentos o contra la administración de justicia¹¹⁴.

Pero posiblemente, se trata de argumentos que marginan el riesgo esencial de la alternativa que propugnan: el riesgo, que no puede superar un sistema que opte por

considerar a los bienes instrumentales acreedores de tutela penal autónoma, es el de la artificiosidad¹¹⁵. Lo que no solo es tacha técnica, sino sobre todo política, puesto que supone inhabilitación al bien jurídico para cumplir con su función garantista de criterio y limitación del *ius puniendi*, función que queda aún más desdibujada en las propuestas que reducen esos bienes instrumentales a las más amplias y difusas, "condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura sobre los bienes", pues entonces el peligro abstracto adquiere una dañosidad *sui generis* progresivamente alejada de la propia de la lesión a bienes jurídicos¹¹⁶.

Por otra parte, el recurso indiscriminado a estos delitos en los que se termina postulando la tutela, como bienes jurídicos intermedios, de distintos subsistemas cuya pervivencia se estima indispensable para la eficaz garantía de otros bienes jurídicos de naturaleza individual, también es susceptible de la objeción que olvida que el perjuicio a los sistemas de ordenación no puede, sin más, equipararse a la intromisión lesiva en esferas de libertad individual jurídicamente garantizadas.

La progresiva administrativización de sectores como el económico potencia el riesgo de artificiosidad, ya que en buen número de ocasiones la propia determinación del bien jurídico protegido parece imposible sin atender a los instrumentos normativos que disciplinan (administrativamente) la actividad pública o privada. El carácter promocional que así se asigna al derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo excesivamente oneroso en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictiva o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación. Si en ese contexto se acepta la posibilidad de creación (funcional, si se quiere, pero en todo caso artificial) por parte del legislador, se ha de hacer con consciencia de que al menos en ciertos ámbitos, el poder definidor de la ley penal ha quedado complementado y, en consecuencia, limitado, por el ejecutivo, con lo que la confusión entre bienes jurídicos y funciones (políticas) es palmaria.

No obstante, entre el modelo brindado por un derecho penal promocional en el que la idea de bien jurídico —que debe definir el poder legislativo— queda sustituida por la de función —a lograr por el ejecutivo—, y otro constreñido por los contornos que definieron el derecho penal del siglo pasado, hay posibilidades intermedias.

A la administración compete llevar adelante una determinada política económica, cuyos presupuestos estructurales no son, por su misma naturaleza, coyunturales o fungibles. Y en la medida que la protección de esos instrumentos sea funcionalmente inescindible de la de bienes jurídicos individuales pacíficamente admitidos, el derecho penal no los puede dejar de lado. Así ocurre, p. ej., con ciertos bienes jurídicos colectivos como la seguridad en el trabajo, la transparencia del mercado bursátil, la debida utilización de fondos de origen público, etc., que no tienen autonomía y que, por tanto, se han de construir por referencia a bienes jurídicos individuales. Parece, por ello, aconsejable

¹⁰⁷ Véase *supra* III.3, *in fine*.

¹⁰⁸ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

¹⁰⁹ KLAUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 83, y *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), cit., págs. 34 a 36.

¹¹⁰ Sent. 62, 11 julio 1983, amparo.

¹¹¹ Las observaciones se realizan en torno al art. 2621 del C. C., ital., N. MAZZACUVA, "Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario", en NEPPI MODONA G., y otros, *Materiali per una riforma del sistema penale*, cit., pág. 210.

¹¹² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 301 y 302.

¹¹³ H. OTTO, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (1 y 2), págs. 550 a 560.

¹¹⁴ *Idem*, H. OTTO, "El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto", cit., pág. 465.

¹¹⁵ I. SÁNCHEZ GARCÍA, "El nuevo delito publicitario (Código Penal, art. 282)", cit., pág. 560.

¹¹⁶ U. K. KINDRAÜSER, "Acercas de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", cit., págs. 449 a 451.

sejable que, si estos son identificables, se proceda directamente a su tutela, aunque haya que recurrir a tipos de peligro. Y cuando el legislador no haya podido identificar bienes jurídicos individuales relevantes, o con un grado de relevancia equiparable al de otros pacíficamente admitidos, lo coherente es el empleo de sanciones administrativas, que recuperan así su genuino sentido. Construir, en estos casos, los tipos penales en torno a bienes jurídicos colectivos, implica el riesgo de creación artificial de bienes ficticios con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La tendencia expansiva de los tipos de peligro incrementa la posibilidad de colisión con los principios de lesividad y legalidad, y aun con la presunción de inocencia.

Aunque generalmente se advierte que esa posibilidad es menor en los delitos de peligro concreto¹¹⁷, se sigue denunciando que el distanciamiento entre comportamiento y bien jurídico es insalvable en los de peligro abstracto, que, en consecuencia, han recibido la más decidida oposición. Así, en opinión de HASSEMER, “encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio, sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión, no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma... Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del comportamiento) y facilitan, por ende, la atribución. Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible”¹¹⁸.

Buena parte de estas críticas queda relativizada si se exige que el peligro abstracto sea, como ya se propuso, peligro probado. Pero además parece necesario evitar juicios globalizadores, y tener presentes las características específicas de las diferentes modalidades de bienes jurídicos en la formulación de tipos penales con vocación de eficacia.

Las peculiaridades de los bienes jurídicos colectivos o macrosociales no justifica su tutela mediante el recurso a tipos de peligro abstracto¹¹⁹, en el sentido residual del término, que aquí se ha criticado. La búsqueda de la eficacia preventiva pasa no por debilitar las garantías de la tipificación penal, sino por determinar los contornos de

¹¹⁷ Especialmente crítico, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 405, núm. 137) sentencia que “Desde hace décadas la doctrina penal hispanoamericana más consecuente ha demostrado que aun los tipos de peligro concreto, al dejar en manos del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro, hacen intervenir en la concreción de la descripción típica un elemento personal y por lo tanto indeterminado, imprevisible y aleatorio, que no puede tolerar una legislación penal respetuosa de las garantías liberales”.

¹¹⁸ WINFRIED HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991 (1), pág. 35.

¹¹⁹ CARLOS MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 162.

esos bienes jurídicos y definir las conductas que constatación son incompatibles con ellos. Pero siempre teniendo en cuenta que de nada sirve la tenaz oposición a admitir tipos de peligro abstracto si se termina por preconizar la construcción de tipos de lesión a bienes genéricos, ayunos de contenido material.

Por eso, frente a conductas que unen a su trascendencia colectiva idoneidad lesiva para un interés individual identificable —p. ej., la capacidad competitiva de una empresa en el mercado—, parece procedente el recurso a los tipos de peligro solo si no es factible la protección del bien jurídico último mediante tipos de lesión.

Y cuando no es posible, o no es conveniente, supeditar la intervención penal a la constatación de peligro para un bien jurídico concreto, p. ej., porque su lesión va a producirse en un futuro lejano o porque afectará a objetos materiales que se saben existentes, pero que no son identificables —así ocurre en el delito ecológico—, es lícito el empleo de tipos de peligro abstracto, entendiéndose siempre por tales aquellos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) para producir un resultado lesivo¹²⁰.

También parece aconsejable restringir el ámbito de los sujetos activos de los delitos de peligro con expresión en su caso de sus especiales deberes¹²¹. Y limitar la tipicidad a los supuestos dolosos —con las necesarias excepciones¹²²— e, incluso, a los casos de dolo directo.

Atenuar o anular la pena cuando media una actitud reparadora por parte del sujeto activo, es opción coherente con el principio de intervención mínima, especialmente en los delitos de peligro, en los que, aun habiéndose producido la consumación, se puede neutralizar *a posteriori* el proceso peligroso, asegurando la tutela del bien jurídico¹²³.

De lege lata nos encontramos, sin embargo, con la posibilidad de que no solo se hayan rechazado esas posibilidades restrictivas, sino de que se haya optado por una decidida apelación a delitos que, aunque sigan gozando de la bendición doctrinal como delitos de peligro, en realidad parecen referidos a comportamientos cuyo injusto no trasciende lo administrativo (p. ej., arts. 294, 310 y 335). Si una interpretación acorde con principios de innegable raigambre constitucional impide llegar a la identificación “ilícito administrativo-ilícito penal” —por más que la lectura simplificadora de la letra

¹²⁰ En contra, CARLOS MÉNDEZ RODRÍGUEZ (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 207), para quien esta tipología intermedia tiene el defecto de desconocer la importancia interpretativa de la atribución de peligro a distintas entidades, proporcionando una visión global confusa.

¹²¹ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 117.

¹²² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del prof. KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995, pág. 271. Véase también A. BAYLOS GRAU, y JUAN M^o TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997, págs. 122 y 123. Sobre el elemento subjetivo en los delitos de peligro abstracto, véase a MARIANO BARBERO SANTOS, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, cit., págs. 495 a 500.

¹²³ CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 117; sin embargo, propone como ejemplo la excusa absolutoria de los delitos contra la hacienda pública o contra la seguridad social, que son delitos de lesión.

de la ley lo permitiera—, tampoco es de recibo la postura doctrinal de seguir lanzando diatribas contra unos delitos de peligro abstracto que históricamente han sido un cajón de sastre caracterizado, fundamentalmente, por dar la espalda al mundo de las garantías. Antes bien, se impone, una interpretación de los preceptos penales capaz de dotar de máxima relevancia a las garantías propias del derecho penal democrático: en este caso, enfatizando la necesidad de un juicio de desvalor sobre el resultado, e intensificando las consecuencias de la proclamación del principio de lesividad, con sus secuelas sobre los de legalidad y de culpabilidad.