

Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos

Cristina Méndez Rodríguez
Universidad de Salamanca (España)

1. INTRODUCCIÓN. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Para todos los "iniciados" en derecho penal, resulta muy familiar la clásica distinción delitos de lesión-delitos de peligro, sobre todo a causa de la debatida cuestión del resultado, de su desvalor y del desvalor de la acción y sobre la cual la literatura ha sido muy abundante y el debate doctrinal muy largo y denso, sin que, pese a ello, pueda decirse que sea un tema acabado.

Sin entrar en la polémica que la distinción ha levantado, en general, siempre se ha establecido dicha diferenciación en función de la forma de ataque al bien jurídico. De esta manera, se han definido los delitos de lesión como aquellos que destruyen o menoscaban un bien jurídico y los delitos de peligro como aquellos en los que hay la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado. En el homicidio encontramos un ejemplo claro de delito de lesión: el que mata a otro destruye un bien jurídico, la vida; así como constituye un ejemplo evidente de delito de peligro, el delito de incendio que establece el Código Penal en su art. 549.3, en el que se tipifica la conducta de quien incendia un bosque con riesgo de que se propague a casas habitadas, con el consiguiente peligro para la salud o la vida de las personas.

En el Código Penal español no hay un título, capítulo o sección dedicada a la recopilación de todos los delitos de peligro. Aparte de diversos artículos diseminados por todo el Código, únicamente

el capítulo II del título V, que se intitula "De los delitos de riesgo en general", establece una ordenación de los tipos penales en función del peligro para bienes jurídicos. En su primera sección regula los "delitos contra la seguridad del tráfico", en la 2ª los "delitos contra la salud pública y el medio ambiente" y en la 3ª los "delitos contra la seguridad en el trabajo".

Aunque, como expondremos más adelante, se está utilizando esta técnica de tipificación con mucha frecuencia, sobre todo para la protección de bienes jurídicos colectivos, ya desde las primeras codificaciones se recurrió a esta forma de tipificación, como puede verse en artículos como el ya mencionado 549.3.

"A los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas".

O el 488 (respecto al abandono de un niño menor de 7 años por parte de la persona encargada de su guarda o custodia): "Cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo y si sobreviniere la muerte, se impondrán las penas inmediatas superiores".

Aunque sobre la distinción delitos de lesión-delitos de peligro ha habido un agudo debate (al hilo de la discusión sobre el resultado), se observa un profundo vacío en la investigación jurídica centrada sobre los delitos de peligro, vacío que es particularmente grave en la literatura jurídica en lengua castellana.

Lo que ha ocurrido es que, después de establecer dicha diferenciación, todos los estudios y trabajos se han ocupado siempre de los delitos de lesión, por lo cual nos encontramos al estudiar los delitos de peligro con que los conceptos y categorías consolidados respecto a los delitos de lesión tienen que ser en cierta forma distorsionados o adaptados —y algunas veces ni siquiera esto es posible— si se pretende aplicarlos al estudio de los delitos de peligro. Este motivo nos conduce a considerar este tema no solo como muy complejo sino también como muy amplio, puesto que afecta a todos los contenidos dogmáticos de la parte general del Derecho Penal e incide en gran número de delitos concretos de la parte especial.

Como simple muestra de algunos problemas que plantean estos delitos, cabe citar:

— la determinación de la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución, por ejemplo de la tentativa, ¿cuándo puede hablarse no ya de una puesta en peligro sino de un intento de puesta en peligro?;

— la existencia y prueba de dolo, ¿se puede hablar de un dolo específico, de un "dolo de peligro" junto a los tipos de dolo acuñados por la doctrina (directo de primero y segundo grado y eventual)?;

— la posibilidad de comisión por culpa, ¿se puede hablar de una puesta en peligro imprudente?;

— la concreción de la prueba del peligro, ¿cuándo podemos decir que una acción pone en peligro un bien jurídico?, ¿cuándo hay posibilidad de lesionar un bien jurídico?, ¿cuándo hay una alta o una baja probabilidad de lesión?

2. LOS DELITOS DE PELIGRO

La principal razón que han esgrimido siempre los defensores de la existencia de los delitos de peligro, es que esta figura supone una mayor protección de bienes jurídicos, puesto que con estos delitos se produce un "adelantamiento de la barrera de protección penal", el legislador tipifica determinadas acciones, de modo que con la simple puesta en peligro del bien jurídico, sin lesión alguna, se produce la consumación; en realidad, se anticipa la consumación del delito al momento en que se produce el peligro de lesión de ciertos bienes jurídicos. Por ejemplo: el 340 bis a)1 del Código Penal español: "*El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*". En el art. 340 bis a)1 se prevé una pena por el hecho de conducir en determinadas condiciones, sin que se requiera para la consumación del delito ningún resultado lesivo, ninguna lesión de otros bienes jurídicos, de la vida, la integridad física o el patrimonio.

El tipo requiere la puesta en peligro de un bien jurídico, pero ¿cuándo se pone en peligro?, y más concretamente, ¿qué es peligro?

La discusión doctrinal en torno al concepto de peligro, y habida cuenta de que el Código Penal español no define el peligro, al igual que casi todas las demás legislaciones, ha dado como fruto tres grandes concepciones juridicopenales sobre el peligro: objetiva, subjetiva y objetivo-subjetiva¹.

La teoría subjetiva considera que el peligro es un producto de la imaginación humana. Si *a posteriori* no hubo lesión, es que nunca hubo peligro *ex ante*. El peligro no es más que un hijo de nuestra ignorancia, es una mera impresión subjetiva de temor, no es real.

En realidad, dicen, solo puede suceder una de dos: o el peligro aboca en la lesión (y entonces falta lo específico del peligro, su autonomía), o el peligro se supera sin daño alguno (y entonces tampoco hay realmente peligro). En las leyes físico-naturales todo lo que tiene que suceder, sucede; nunca hay peligro.

Para un ser onnisciente y omnipotente, con un dominio absoluto sobre la materia, no habrá jamás riesgo ni amenaza. Conocería absolutamente todos los factores y circunstancias que confluyen en un hecho, y por lo tanto para él solo existirían lesiones o hechos inocuos.

Este tipo de argumentaciones es característico de toda pretensión de especificar en relación con un absoluto, y por lo mismo es una dirección infecunda, ya que trabaja con meras idealidades².

La teoría objetiva considera el peligro como una realidad. En el mundo real, afirman sus defensores, independientemente de la imaginación humana, existe ex

¹ Cf. BERISTAIN, "El delito de peligro por conducción temeraria", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1970, Madrid, pág. 541.

² BUSTOS RAMÍREZ, "Los delitos de peligro", en *Control social y sistema penal*, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pág. 324.

ante una posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. La evitación del daño *a posteriori* no prueba la inexistencia de aquella posibilidad o probabilidad de que se produzca el peligro, prueba únicamente su no verificación.

La posibilidad, como la probabilidad, tiene una existencia objetiva, es un "ente real", un hecho, y no un mero producto de la imaginación.

La teoría objetivo-subjetiva aún, como es obvio, las dos posturas anteriores y considera que el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la probabilidad, que debe ser conocida, de la producción de un determinado acontecimiento dañoso. Se trata, por tanto, de un juicio fundamentado en la experiencia general, en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión del bien jurídico. Por eso se sostiene que es incorrecto decir que el peligro solo puede ser algo puramente objetivo.

Teniendo en cuenta que cada una de las tres grandes concepciones sobre el peligro que hemos enunciado más arriba está siempre en la base, y si queremos hacer una simple aproximación al concepto de peligro, hay que tratar como uno de los temas fundamentales (dejando a un lado la naturaleza del peligro) el que concierne a cómo se podría definir el peligro, y en segundo lugar habría que analizar cuándo podemos decir que estamos ante una situación peligrosa para un bien jurídico, puesto que si respecto de la lesión se plantean a veces problemas de identificación y determinación, es obvio que mucho más problemática es la cuestión respecto del peligro.

En cuanto al primer tema, las opiniones de los autores se diversifican hasta el infinito. Como demostración, nada más significativo que la definición que han dado tres autores españoles que se han ocupado de esta cuestión:

— Para BARBERO SANTOS, el peligro es "la probabilidad —no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad— de que se produzca la lesión de un bien jurídico"³. Pero la pregunta es ¿qué es "relevante posibilidad"?

— NAVARRETE lo define como "la posibilidad de un resultado dañoso". Puntualiza, además, que "la existencia del peligro ha de ser objetivamente determinada, sin que la mera creencia de su existencia o inexistencia pueda tener repercusiones en el campo de la antijuridicidad"⁴.

— Para TORIO "el peligro es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa"⁵. Este autor establece una nueva categoría de delitos de peligro: los "delitos de peligro hipotético", cuya característica reside en que implican la posibilidad, no la realidad del peligro para el bien jurídico protegido.

³ BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pág. 487.

⁴ NAVARRETE URIETA, "La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. III, Madrid, 1959, pág. 426.

⁵ TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal*, 1976, pág. 841.

En resumidas cuentas, la doctrina ha centrado el núcleo de la definición del concepto de peligro en una:

- posibilidad simplemente;
- posibilidad próxima;
- probabilidad, en el sentido de más posibilidades a favor que en contra;
- probabilidad, en el sentido de más posibilidades en contra que a favor;
- probabilidad sin punto de referencia;
- seria y fundada inquietud de que una persona razonable y consciente del deber tomaría precauciones;
- situación en que la producción del resultado dañoso escape al cálculo y la previsión humanos;
- también se considera que el grado de posibilidad tiene que depender de la importancia del bien jurídico, de modo que cuanto más valioso sea el bien jurídico, menor será el grado de posibilidad de lesión exigible.

Hay definiciones de peligro que se centran en una próxima, relevante, escasa, lejana, posibilidad.

Ya no es solamente el concepto de peligro lo que plantea graves problemas, sino también la determinación y la configuración de los límites de la prueba del peligro. ¿Cuándo hay peligro en un caso concreto y quién lo aprecia? En cuanto a la causalidad, si hay problemas para determinarla, ¿podría aplicarse a los delitos de peligro la tesis de la imputación objetiva? Por ejemplo: un sujeto enciende un fuego en un bosque sabiendo que hay casas habitadas a cien metros de distancia y un fuerte viento en dirección a esas casas. ¿Se puede decir que hay riesgo de que se propague a las casas habitadas? ¿Y si el fuego se encendiera a un kilómetro? ¿Y si se enciende el fuego a dos kilómetros y se propaga a las casas? ¿Qué ocurre si en el momento de juzgar si se ha producido o no el peligro, consta ya que el resultado lesivo sí se ha producido? ¿Si hay resultado lesivo, ha habido siempre peligro?

Para aclarar el concepto de peligro y poner límites a la determinación de la prueba del peligro se han establecido numerosas clasificaciones respecto del peligro, entre las que destacan como más comunes las siguientes: delitos de peligro abstracto y concreto, delitos de lesión-peligro, delitos de peligro explícito e implícito, delitos de peligro general y concreto, y delitos de peligro hipotético.

a) *Delitos de peligro concreto y abstracto*. Es la clasificación que, fijándose en la estructura del tipo penal, determina que son delitos de peligro concreto aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, por lo que para la consumación es necesaria la demostración de que en la situación concreta hubo peligro para determinados bienes jurídicos. El ejemplo clásico de delito de peligro concreto es el 340 bis a) 2: "El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes"; en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento del tipo sino la razón o el motivo de la tipificación. El legislador observa que determinadas acciones producen generalmente peligro para determinados bienes jurídicos y en razón de este peligro que habitualmente se produce se tipifican acciones, configurándose

así una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no se admite la prueba del peligro, la prueba de que en esa situación nunca hubo peligro para bienes jurídicos [por ejemplo, el art. 340 bis a) 1, en el que se presume que la acción de conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes causa siempre peligro para bienes jurídicos].

La configuración de los tipos penales presuponiendo que las acciones en ellos descritas van a causar peligro para bienes jurídicos siempre, tiene trascendental importancia en relación con la protección de bienes jurídicos colectivos, puesto que ellos suelen ser el objeto de tutela de los nuevos tipos penales contruidos como delitos de peligro abstracto. Es un dato de importancia, que no puede desconocerse, el hecho de que la recomendación novena sobre "El concepto y principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa" del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrada en El Cairo en 1984, se incline por la utilización de los delitos de peligro abstracto para la tipificación de los delitos socioeconómicos. Además hay autores que vinculan la protección de bienes jurídicos colectivos a la técnica de tipificación a través de delitos de peligro abstracto⁶.

Sin embargo, a pesar de la tendencia legislativa, de la opinión de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la de destacados autores, la configuración de los delitos de peligro abstracto ha provocado, como es lógico, numerosas críticas⁷.

La razón de la creación de un tipo penal es la protección de bienes jurídicos frente a acciones que los pongan en peligro, menoscaben o lesionen. Si en este caso la acción de un sujeto no puso en ningún momento en peligro un bien jurídico, la inmediata pregunta es: ¿qué se está protegiendo aquí? Pensemos en el caso extremo de un sujeto que conduce a toda velocidad y completamente embriagado por un desierto, ¿qué bien jurídico está poniendo en peligro? ¿La vida, el patrimonio o la integridad física de las personas? ¿O la seguridad en el tráfico?

Aquí no cabe más que concluir que se está imponiendo una pena por la simple infracción de un mero deber de obediencia al Estado, ya que no puede hablarse de una infracción de puesta en peligro⁸.

⁶ TIEDEMANN ("Delitos contra el orden económico", en *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, pág. 173) sostiene que "la introducción de estos delitos (delitos de peligro abstracto) implica una considerable ampliación de la punibilidad que solo es aceptable si ya el peligro abstracto en sí es merecedor de pena. Partiendo de este razonamiento se ha criticado en el derecho penal económico alemán la limitación de los nuevos tipos de delito de obtención fraudulenta de subvenciones y créditos a meros actos engañosos. Ahora bien, al proceder así, generalmente se pasa por alto que el peligro parece abstracto únicamente referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico, con frecuencia no resultará imaginable otra configuración típica que no sea la del «peligro abstracto»".

⁷ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Colección Jurídica, cap. XII, pág. 251; y BARBERO SANTOS, *op. cit.*, pág. 487.

⁸ En el mismo sentido TORÍO LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 825): "En caso de duda sobre la presencia de un bien jurídico, el legislador penal debería optar *in dubio pro libertate* por la no intervención".

Hay autores, como RODRÍGUEZ DEVESA, que consideran que la ley penal pretende la protección de bienes jurídicos, pero que su manera de obrar consiste en la imposición de deberes. Que no todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero que en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley⁹.

O bien como BINDING, que el objeto jurídico inmediatamente protegido es la falta de obediencia¹⁰.

Si el delito supone siempre un peligro o una lesión para un bien jurídico protegido, no se puede hablar de delito cuando nos consta la inexistencia del peligro para dicho bien jurídico.

Solamente quien sostenga que el objeto jurídico inmediatamente protegido con la creación de un tipo penal es un simple deber de obediencia a las normas del Estado, es decir, solo quien sostenga una concepción meramente formal del delito, podría mantener esta posición.

Además, estos delitos irían contra los principios informadores del derecho penal comúnmente aceptados, como aquel que proclama que solo pueden ser objeto del derecho penal los ataques a bienes jurídicos muy importantes, y solo respecto a los ataques de mayor gravedad, puesto que el derecho penal se caracteriza por ser un derecho subsidiario cuya utilización está subordinada a la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico (*principio de ultima ratio*, carácter fragmentario del derecho penal).

Si no hay lesión, ni peligro de lesión para bienes jurídicos y la forma de ataque a estos bienes no es de tanta gravedad, deberían ser acciones circunscritas al ámbito del derecho administrativo. Hay que tener en cuenta que la concepción del delito como lesión o peligro de lesión para bienes jurídicos se encuentra en la base del proceso de descriminalización característico del derecho penal actual, que ha llevado a separar de él amplios sectores del injusto administrativo¹¹.

Respecto al *tipo subjetivo* de estos delitos, se sostiene por parte de algunos autores —merece a este respecto especial atención el trabajo de BERISTAIN¹²— que hay una categoría específica de dolo, el llamado "dolo de peligro" (dolo de puesta en peligro)¹³; después se diversifican las opiniones y se concibe a veces como una

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte general, 1971, Madrid, pág. 261.

¹⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. IV, Leipzig, 1919, pág. 408.

¹¹ TORÍO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 826.

¹² BERISTAIN, "El delito de peligro ...", *op. cit.*, pág. 557.

¹³ En contra: JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de derecho penal*, vol. v, Buenos Aires, Ed. Losada, S. A., 1956, pág. 564), quien niega la existencia del dolo de peligro: "si recordamos el ejemplo de Stoos referente al cazador que dispara con riesgo para los ojeadores y mata a uno, es fácil comprender que ese supuesto «dolo de peligro» será unas veces «dolo eventual» y otras «culpa consciente», según que el apasionado escopetero dispare su arma ratificando la muerte del que bate la caza, en un inhumano afán de que la pieza no escape; o que se diga: 'hay un ojeador en peligro pero yo soy muy experto en el tiro y es imposible que mate a ese hombre'. Así, pues, serán casos de *dolus eventualis* o de culpa con representación pero no de dolo de peligro, cuya figura no existe como entidad autónoma, como clase común a infracciones de variada índole".

categoría autónoma junto con el dolo directo de primero y segundo grados y el dolo eventual; y otras veces como una subespecie de ambos tipos de dolo, propia de los delitos de peligro, concretándose su contenido en que el autor conoce y quiere su acción (su temeraria forma de conducir) y su resultado (el peligro prohibido).

Según otra opinión —es aquí significativa la postura de BARBERO SANTOS¹⁴—, el dolo de los delitos dolosos de peligro es idéntico al de los delitos dolosos de lesión. Por eso sus sostenedores están en contra de la utilización de las expresiones “dolo de lesión” - “dolo de peligro”.

Hay que tener en cuenta que querer el resultado de este tipo de delitos, rara vez se dará como objeto de volición. No puede ser cuestionado el que un sujeto quiera su acción peligrosa, “pero lo que es difícil de imaginar es que se quiera la situación de peligro, ya que en general, a lo más, se la aceptará como resultado concomitante”¹⁵. El que conduce temerariamente quiere normalmente su acción peligrosa, pero es más difícil de sostener que con su acción peligrosa lo que busca es crear una situación de peligro.

Normalmente, entonces, no es que el sujeto se decida por la realización de una acción teniendo prevista la producción de un resultado peligroso para el bien jurídico, sino que el resultado peligroso no es lo directamente buscado con la acción del sujeto; es por este motivo por el que en este tipo de delitos hay que acudir con frecuencia al dolo directo de segundo grado o al dolo eventual, y es aquí donde continúan los problemas, ya que la diferenciación de los distintos tipos de dolo respecto a los delitos de peligro es considerada imposible por algunos autores, sobre todo respecto al dolo eventual y la culpa con representación; en todo caso, los límites son muy tenues, por lo que, y como ocurre con los delitos de lesión, “se tiende a prescindir de tal diferencia con la consecuencia de que los delitos de peligro se satisfarían en el ámbito subjetivo con la mera representación”¹⁶.

El típico ejemplo esgrimido siempre para poder apreciar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, es la mejor prueba de la inutilidad de tal diferenciación: un sujeto conduce su coche a una velocidad normal y al llegar a un *pare* hace caso omiso del mismo; las consecuencias a que da lugar su acción son, aparte de los daños materiales, la muerte de dos personas. Se trata de dolo eventual si el sujeto al saltarse el *pare* sin detenerse argumenta de la siguiente manera: es de noche y hay menos tráfico, por esta carretera no pasan habitualmente muchos coches, pero es posible que si no detengo el coche en el *pare* provoque un accidente; en todo caso voy a actuar “contando con” la probabilidad de que dicho accidente se produzca. Se trata de culpa con representación si el sujeto, argumentando del mismo modo, concluye que es imposible que pase algún coche, que no va a provocar ningún accidente, por lo que actúa “rechazando dicha posibilidad”.

Aplicar este tipo de argumentación a los delitos de peligro, es suficiente prueba de lo que venimos exponiendo.

¹⁴ BARBERO SANTOS, “Contribución al estudio ...”, *op. cit.*, pág. 496.

¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, “Los delitos de ...”, *op. cit.*, pág. 333.

¹⁶ *Idem*, *ib.*, pág. 334.

En cuanto a la *culpa o imprudencia*, se ha discutido la distinción entre la acción peligrosa y la acción descuidada en la medida en que ambas pueden producir peligro para bienes jurídicos y ambas implican la representación del resultado lesivo; es así como se ha intentado, desde este presupuesto, confundir o equiparar los delitos de peligro con los delitos culposos, cuando lo que no se puede desconocer es que los delitos culposos son delitos de resultado lesivo, ya que este es un elemento del tipo, mientras que en los delitos de peligro no es necesario que se produzca esta lesión de un bien jurídico. Tal y como sostiene BUSTOS, solamente si nos centramos en el desvalor de acción y consideramos que el resultado en los delitos culposos es una mera condición objetiva de punibilidad, la confusión podría suscitarse¹⁷.

De todo lo anteriormente expuesto se desprenden diversas razones¹⁸ para el rechazo de los delitos de peligro abstracto. Algunas de ellas son:

- carecen de contenido material en la antijuridicidad, así como materialmente de nocividad para los bienes jurídicamente protegidos;
- amenazan la seguridad jurídica y pueden dar lugar a un inflacionismo punitivo;
- pueden violar el principio *nullum crimen sine culpa*;
- desdibujan los límites del derecho penal con la ética, etc.

En definitiva, la creación de los delitos de peligro se debe al intento del legislador de proteger bienes jurídicos frente a acciones que los pongan en peligro, pero si no existe peligro para un bien jurídico tampoco puede haber delito (porque el fundamento de la punición es precisamente la existencia del peligro).

Otras clasificaciones de menor importancia, construidas tomando también como eje el concepto de peligro, son:

a) Delitos de *peligro general*, cuando el peligro puede afectar bienes jurídicos de un colectivo o de una sola persona pero indeterminada. Los delitos de *peligro concreto* se refieren en este caso a bienes jurídicos determinados y de personas concretas.

b) Delitos de *lesión-peligro*: producen una lesión en el mundo externo que además amenaza con causar otras lesiones más graves (548: “*Los que incendien edificio, alquería ... sabiendo que dentro se hallaban una o más personas*”).

c) Delitos de *peligro explícito*, cuando la producción del peligro es un elemento formal del tipo y delitos de *peligro implícito* cuando no lo es.

d) Delitos de *peligro hipotético*, que se definen como aquellos en los que no es necesario constatar la producción de la situación peligrosa para un bien jurídico, sino que es suficiente que la acción peligrosa sea idónea para producir un peligro

¹⁷ *Idem*, *ib.*, pág. 339. Autores que, por el contrario, consideran el resultado como una condición objetiva de punibilidad, y que el ilícito se agota en un simple desvalor de acción: BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*. Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 78, y MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial 1979, pág. 47.

¹⁸ BERISTAIN, “Resultado y delitos de peligro”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1969, pág. 457.

para un bien jurídico. La cuestión de cuándo ha de estimarse relevante en sentido juridicopenal una acción, es un problema eminentemente valorativo del caso concreto.

3. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Después de analizar brevemente el concepto y la clasificación de los delitos de peligro, volvamos al punto de partida. Los delitos de peligro se crean para proporcionar mayor protección a determinados bienes jurídicos, y es evidente en este sentido la tendencia actual hacia la utilización de este tipo de delitos (sin ir más lejos, el Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal español, de 26 de septiembre de 1988, introduce en el capítulo II del título V del libro II del Código Penal, una sección cuarta nueva, cuyo título es el de *Delitos de riesgos catastróficos*). Esta tendencia se debe, en primer lugar y según manifestaciones de muchos autores¹⁹, al intento de protección de bienes jurídicos, más intensamente; así, frente a los mayores riesgos y peligros de una sociedad progresivamente industrializada y mecanizada (no hay que olvidar que basta con la puesta en peligro, en principio hay mayor protección), por ejemplo, los delitos contra la seguridad en el trabajo; y en segundo lugar, es también debido a que el Estado intervencionista actúa y toma parte en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, protegiendo, en ocasiones, intereses que van más allá de los puramente individuales propios del Estado liberal, tales como el medio ambiente o la salud pública. Por lo tanto, el estudio de este tema implica necesariamente el análisis de los bienes jurídicos colectivos, que son los que el legislador trata de proteger prioritariamente al utilizar esta técnica de los delitos de peligro. Cabe además destacar que, curiosamente, casi todas las nuevas tipificaciones de delitos de peligro tienen por objeto la protección de bienes jurídicos colectivos.

¿Por qué se tiende a proteger bienes jurídicos colectivos mediante tipos de peligro? Se funda la razón en que los bienes jurídicos colectivos no admiten otra forma de protección distinta de los tipos de peligro, o es que la importancia de estos bienes jurídicos colectivos obliga al legislador a adelantar la barrera de protección penal para proteger no solo su lesión sino también su puesta en peligro?

SCHRÖEDER dice que puede hablarse de peligro si la figura tiene un determinado objeto de protección que permita determinar con seguridad si fue realmente puesto en peligro (parece que está refiriéndose a bienes jurídicos individuales). Pero estima, por el contrario, que habrá que ceder ante la caracterización legal del peligro si el delito se dirige contra la colectividad o contra un objeto inexistente o no comprobable en el momento del hecho²⁰.

¹⁹ Como ejemplo, cf. BARBERO SANTOS, *op. cit.*, pág. 487.

²⁰ SCHRÖEDER, "Die Gefährdungsdelikte in Strafrecht", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, pág. 17.

Para una línea doctrinal²¹, cuando nos encontramos ante un bien jurídico de carácter colectivo o macrosocial, dada la índole inmaterial del objeto no cabe hablar de peligro, sino de perturbación, perjuicio. Hablar de peligro respecto a estos bienes jurídicos es hacerlo en sentido impropio.

Sin embargo, otra línea doctrinal²² mantiene que los bienes jurídicos globalmente considerados no son susceptibles de menoscabo apreciable: el perjuicio no es mensurable. El recurso a los delitos de peligro se hace inevitable; así, el adelantamiento de la barrera de protección en los bienes jurídicos colectivos no se deriva de su importancia sino de la esencia misma de tales bienes, porque solo admiten la fórmula de protección mediante tipos de peligro.

Respecto al bien jurídico colectivo, se afirma que al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De esta forma, el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico protegido en el delito de peligro, aunque no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. Esto significa, en resumidas cuentas, que la seguridad de determinados bienes jurídicos puede ser ya en sí misma un bien jurídico²³. Esta construcción tiene importancia, porque se ha utilizado en el sentido de que con los bienes jurídicos colectivos de lo que se trata —a través de los delitos de peligro— es de que sirvan de barreras protectoras de la seguridad de bienes jurídicos individuales.

Se dice también por parte de algunos autores que hay que diferenciar el bien jurídico "institucionalizado", esto es, el efectivamente lesionado (seguridad del tráfico), del bien jurídico genuino o complementado puesto en peligro (vida, integridad física), que es el que trata de proteger el ordenamiento jurídico penal, y se dice que es la razón última del adelantamiento de la protección por la peligrosidad de la conducta²⁴. Hay quien opina que "no puede construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables los bienes jurídicos individuales" ... "el bien jurídico colectivo es más bien un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales, auténticos objetos de tutela de la norma penal"²⁵.

²¹ En este sentido, OTTO ("Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983) mantiene que la protección de bienes jurídicos colectivos mediante tipos de peligro no supone un "adelantamiento" de la protección penal, puesto que se trata de delitos de peligro para bienes individuales, pero de lesión para los colectivos. También PADOVANI, "La problematica del bene giuridico en la scelta delle sanzioni", en *Dei delitti e delle pene*, 1984.

²² Cf. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Reinbek bei Hamburg, 1976; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

²³ Así también, ARROYO ZAPATERO (*op. cit.*, pág. 252): "Con el paso del delito de resultado al delito de peligro se opera una alteración respecto al bien jurídico tutelado en el primero. Si en este se trata de la vida y la salud de los trabajadores, en el delito de peligro se protege directamente la misma seguridad en el trabajo".

²⁴ Cf. ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 44, y PÉREZ ÁLVAREZ, *El delito alimentario nocivo*. Tesis doctoral dactilografiada, Salamanca, 1988, pág. 74.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, *Delitos de peligro y criminalidad económica*. Ejemplar dactilografiado, págs. 15 y 16.

Las afirmaciones anteriores, ¿no suponen vaciar en cierta forma el concepto de bien jurídico colectivo? No se puede medir el perjuicio respecto de un bien jurídico colectivo; este solo es lesionado si se ha causado un perjuicio a un bien jurídico individual que está en la base de esa protección, por tanto estamos refiriendo siempre el bien jurídico colectivo a un bien jurídico individual; entonces ¿qué contenido tiene el bien jurídico colectivo? Este concepto debe de suponer algo más que la simple suma de bienes jurídicos individuales. El auténtico problema es encontrar un substrato material claramente reconocible en los bienes jurídicos colectivos (que nos ayude en la creación de figuras penales sin manipulación legislativa que impida, por ejemplo, la criminalización de acciones contra la moral sexual general, substrato material que por este motivo solo podemos encontrar en la realidad social) y en este sentido se encuentran algunos trabajos recientes sobre el tema²⁶.

4. REPERCUSIONES QUE EN LA TIPIFICACIÓN A TRAVÉS DE DELITOS DE PELIGRO TIENE EL QUE SE PROTEJAN BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Tomemos como ejemplo de los problemas que va a plantear la efectiva aplicación de un tipo penal construido como tipo de peligro y cuyo objeto de protección es un bien jurídico colectivo, el art. 347 bis del Código Penal español: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”.

El bien jurídico protegido en este tipo penal es el medio ambiente, en consonancia con el mandato constitucional del art. 45, que establece como principio rector de la política social y económica el derecho de todos “a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

Analizando el tipo objetivo de este delito comprobamos que la acción consiste en “provocar o realizar directa o indirectamente”. El primer verbo incluye todo tipo de conductas que puedan llevar a la realización del hecho, tales como facilitar, incitar, promover, poner las condiciones, el segundo es mucho más concreto, con lo cual se equiparan dos actividades completamente diferentes en su contenido. La primera abarca actos simplemente preparatorios, a los cuales se les aplica la misma pena que a los actos de realización²⁷.

El comportamiento típico es muy complejo y amplio, es necesario también que se contravengan las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente; es,

²⁶ Cf. como ejemplo 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*, Madrid, 1981, págs. 123-149, y BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de JIMÉNEZ DE ASÚA en el Código Penal de 1932)”, en *Control Social y Sistema Penal*, cit., págs. 181-203.

²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1986, pág. 353.

en suma, lo suficientemente vago como para que resulte problemática su determinación y la efectiva aplicación de este artículo.

Pero además hay restricciones en el tipo: la primera es que la acción de provocar o realizar emisiones o vertimientos ponga en *peligro grave* la salud de las personas. La segunda restricción es que puedan *perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Es obvio que no se protege todo el medio ambiente, sino solo lo específicamente determinado en la parte final de ese artículo, y hay que demostrar además el peligro concreto grave respecto a un concepto tan amplio como las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. El eje del artículo serían los criterios —que por supuesto no especifica la ley— que vamos a utilizar para demostrar que ha habido un peligro concreto y grave, que se han perjudicado gravemente las condiciones de vida animal.

Respecto a la prueba del peligro, es notorio que esta plantea múltiples problemas, pero es que también la prueba de la lesión respecto de bienes jurídicos colectivos los trae consigo. Es de destacar la opinión de TERRADILLOS²⁸ a este respecto, quien considera que “la adveración de la lesión de un bien jurídico tan inconmensurable (se está refiriendo a un bien jurídico colectivo al que líneas más arriba ha calificado como «bien jurídico marco») es, en la mayoría de los casos, imposible”; por esta razón se opone a las consideraciones de autores antes citados, como OTTO, que propugnan la creación de auténticos delitos de lesión respecto de bienes jurídicos colectivos; y por esta razón se decanta por la creación de tipos de peligro concreto para la protección de estos bienes. Pero la auténtica dificultad respecto a la prueba del peligro está cifrada en el hecho de que tenemos que probar que ha existido un peligro para un bien jurídico supraindividual; debido a esta circunstancia, los problemas que ya existen en los delitos de peligro en relación con bienes jurídicos individuales se acrecientan cuando nos referimos a bienes jurídicos colectivos. TERRADILLOS sostiene que la cuestión problemática²⁹ es que lo que el legislador protege, es decir, lo que está en la base de los tipos penales, sean auténticos bienes jurídicos, de manera que “a pesar ... de tener un carácter global y difuso, puedan ofrecer una base material al ilícito penal”.

Sin embargo, si analizamos esta problemática a la luz del art. 347 bis del Código Penal, vemos que aunque se declara que el bien jurídico es el medio ambiente (primer problema, la determinación de este), la acción ha de estar dirigida a la puesta en *peligro grave* de la salud de las personas, y no del medio ambiente;

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, *Delitos de peligro ...*, cit., págs. 67 y ss.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, págs. 69 y 70. BUSTOS RAMÍREZ (“Los bienes jurídicos colectivos ...”, *op. cit.*, pág. 186): “En definitiva, tanto la crítica intrasistémica como la metasistémica respecto del bien jurídico no afectan tanto al concepto mismo del bien jurídico como a una revisión de él, con el fin de llegar a un planteamiento material de su contenido”. También en la pág. 195: “El problema a resolver es si estos bienes jurídicos colectivos, por el hecho de referirse al funcionamiento del sistema social y tener un carácter doblemente masivo y universal, pierden su capacidad para ofrecer una base material precisa al ilícito penal”.

si se quería anticipar la protección, se tenía que haber castigado la puesta en peligro concreto del medio ambiente³⁰ y no recurrir para la consumación del delito a un bien jurídico individual. Así nos encontramos con que este tipo protege un bien jurídico colectivo —el medio ambiente—, pero solo en la medida en que ponga en peligro grave la salud de las personas o bien pueda perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, teniendo en cuenta, además, que hay que provocar (?) o realizar, con la previa infracción de una ley o reglamento protector del medio ambiente, una emisión o vertimiento de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas (¿por qué limitarlo a estos cuatro supuestos? ¿Qué pasa, por ejemplo, con el subsuelo?) que pongan en peligro grave (?) la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente (?) las condiciones (?) de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

La doctrina no ha perfilado criterios para la determinación de la prueba del peligro; la mayor parte de los autores sostienen que respecto a la prueba del peligro "es imposible dar una regla práctica o entrar al detalle de cada situación, que estamos en presencia de tipos abiertos que el juez deberá llenar en cada caso de acuerdo a las circunstancias y a una racional experiencia social"³¹.

Sin embargo, otros autores sostienen que el dejar a la apreciación del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro, permite intervenir en la concreción del tipo un elemento personal y, en cuanto tal, indeterminado e imprevisible, con quebranto de las garantías penales³².

Respecto al tipo subjetivo. El problema de los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos estriba en que el autor raramente dirige su acción a la lesión de bienes tales como el medio ambiente, sino que tiene objetivos mucho más determinados y se dirige contra bienes más concretos. Por esta razón, autores como ARROYO³³ sostienen que sufre una transformación considerable, ya que no solo se amplía el círculo de conductas punibles (al punir no solamente el resultado lesivo para el bien jurídico sino también la puesta en peligro de ese bien jurídico), sino que si en el delito de resultado se da el dolo solamente cuando dicho resultado es querido o aceptado por el sujeto, en el delito de peligro el dolo se afirma ya con la voluntad o aceptación del peligro.

En los delitos de peligro concreto el elemento volitivo del dolo aparece considerablemente debilitado, aceptándose generalmente la presencia del dolo con el conocimiento (elemento intelectual) del mismo.

Siguiendo con el ejemplo del delito ecológico, el autor de este delito no suele perseguir el atentado al medio ambiente, sino que con su acción pretende liberar

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, ed. cit., pág. 354.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, "Los delitos de ...", op. cit., pág. 332.

³² NOVOA MONREAL, "Les délits de mise en danger", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, pág. 332.

³³ Vid. ARROYO ZAPATERO, op. cit., pág. 252. Sobre el dolo en los delitos de peligro, cf. BUSTOS POLITOFF, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vols. I-II, 1969, págs. 348 y ss.

a su empresa, por ejemplo, de los costos económicos que supondría la instalación de una planta depuradora, o de los inconvenientes y molestias que implicaría la adopción de medidas tendentes a evitar contaminación; y en la medida en que pretende cumplir estos objetivos, acepta el peligro que para el medio ambiente va a derivarse, pero no se trata de que el autor del delito pretenda el resultado contaminante o poner en peligro, ni grave ni leve, la salud de las personas.

CONCLUSIONES

Después de esta esquemática presentación de los problemas esenciales de los delitos de peligro, especialmente de las repercusiones que en la protección de bienes jurídicos colectivos tiene esta técnica de tipificación, nos queda, casi como reflexión obligada, la idea de que se está utilizando con demasiada ligereza esta forma de protección de bienes jurídicos. Todos los nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, tales como el medio ambiente, o todos los del ámbito socioeconómico, están estructurados no como delitos de lesión sino como delitos de peligro. Como ya se dijo en páginas anteriores, el Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal, de 26 de septiembre de 1988, introduce en el capítulo II del título V una nueva sección, la cuarta, cuyo título es el de "Delitos de riesgos catastróficos", cuya regulación responde a la misma idea. Con ello se intenta en principio proteger más eficazmente bienes jurídicos que afectan a toda la colectividad, pero en realidad por las dificultades —no resueltas por los estudios doctrinales— que plantean estos delitos, lo que implica una práctica inaplicación de estas figuras ante los tribunales, se acaba en una desprotección efectiva de todos estos bienes jurídicos.

Desprotección efectiva que es necesario vincular a la selección criminalizadora que se realiza a través de la diversa formulación técnica de los comportamientos que van a quedar incluidos en el ámbito penal³⁴. Tal y como puso de manifiesto BARATTA: "En lo que concierne a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el «carácter fragmentario» del derecho penal pierde las ingenuas justificaciones basadas en la naturaleza de las cosas o en la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Estas justificaciones son una ideología que cubre el hecho de que el derecho penal tiende

³⁴ Cf. BARATTA (*Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 1986, Siglo XXI Editores, s. a. de c.v., pág. 168): "El análisis teórico y las investigaciones empíricas han llevado a la destrucción del mito del derecho penal como derecho igual, así frente a la idea de que el derecho penal protege igualmente a todos los ciudadanos contra las ofensas a los bienes esenciales, en los cuales están igualmente interesados todos los ciudadanos, la corriente crítica ha puesto de manifiesto que el derecho penal no defiende todos y solo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial. El grado efectivo de tutela ... es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que estas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad".

a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas. Esto no solo acontece con la elección de los tipos de comportamientos considerados para acuñar la figura legal delictiva y con la diversa intensidad de la amenaza penal, que a menudo está en relación inversa con la dañosidad social de los comportamientos, sino en la formulación técnica misma de las figuras delictivas³⁵.

El dinero como objeto material del peculado

Erleans de Jesús Peña Ossa

Exmagistrado interino de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva. Juez 2° Superior de la misma ciudad

1. NOCIÓN

No se discute que la diferencia entre peculado por apropiación y peculado por uso indebido radica en que, mientras en aquel el sujeto activo no tiene ninguna intención de restituir el bien, en este sí, y hace, por tanto, mero aprovechamiento o disfrute momentáneo del objeto. Recordemos que, de manera por demás absurda, el art. 3° del decreto extraordinario 1858 de 1951 (normatividad que se convirtió en la ley 141 de 1961 y derogó los arts. 151, 152 y 153 del C. P. de 1936) traía en esa misma disposición ambas clases de peculado con un igual tratamiento punitivo. El estatuto en vigor desde el 29 de enero de 1981, a partir de su anteproyecto, restableció la lógica y la equidad, describiéndolos de manera separada, dándole a cada uno de ellos penas diferentes y estatuyendo una más severa para el peculado por apropiación¹.

En efecto, usar es, desde el punto de vista tanto gramatical como penalístico, hacer que un bien preste un determinado servicio, utilidad o beneficio, uso que dado el elemento normativo de contenido jurídico involucrado en el tipo penal, debe ser indebido, vale decir, no autorizado por normatividad alguna. Por manera que el empleado oficial que comete peculado por uso, realiza sobre el bien actos de dueño sin serlo, después de los cuales no tienen ningún interés en seguir disfrutándolo.

¹ Anteproyecto del Código Penal colombiano, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 352.

³⁵ BARATTA, *op. cit.*, pág. 171.