

# LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO<sup>1</sup>

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid)

## I. Introducción

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido.

Es un delito de peligro abstracto, en el Código penal español, por ejemplo, dentro de los delitos contra la seguridad del tráfico, el de conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379). Son también delitos de peligro abstracto, dentro de los delitos contra la Administración Pública, por ejemplo, los de cohecho (arts. 419 y ss.) y el tráfico de influencias (arts. 428 y ss.) y, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, el de falso testimonio (arts. 458-461).

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., sobre «Las implicaciones dogmáticas y político-criminales del proceso de globalización y de la internacionalización del Derecho Penal», celebrado en la Ciudad de México D.F., del 22 al 26 de abril de 2002.

En los delitos de peligro concreto, en cambio, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado.

Un delito de peligro concreto, en el Código penal español, es el de conducción temeraria del artículo 381: «El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad corporal de las personas». Son también delitos de peligro concreto, dentro de los delitos contra la salud pública, los de los artículos 361 y 362, referentes a la expendición o fabricación de medicamentos defectuosos.

Existen también delitos calificados por un resultado de peligro concreto. Este es el caso, en nuestro Código, del abandono de un menor de edad o de un incapaz «cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz» (art. 229.3).

En la moderna Ciencia del Derecho penal se distingue aún un tercer grupo de delitos de peligro, los llamados de aptitud para la producción de un daño (Escrivá Gregori) o de peligro abstracto-concreto (Schröder)<sup>2</sup>. Se trata de figuras delictivas en las que se prohíbe la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Este es el caso, en nuestro Código, de la mayor parte de los delitos contra la salud pública —arts. 359, 360 (sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos), 363, 364 y 365 (referentes a la elaboración o venta de productos alimenticios susceptibles de causar daño a la salud de las personas) y 368-371 (tráfico de drogas)—, así como la mayor parte de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325).

Algunos penalistas consideran que estos delitos de aptitud para la producción de un daño podrían incluirse dentro de los delitos de peligro concreto, en sentido lato<sup>3</sup>. En realidad estos delitos de aptitud para la producción de un daño son delitos de peligro abstracto. No perte-

---

<sup>2</sup> Véase, J. M.<sup>a</sup> ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 31-32, y H. SCHRÖDER, *Abstrakt-Konkrete Gefährungsdelikte?*, *Juristenzeitung* 1967, pp. 522 y ss., y *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, n.º 1-2, pp. 24-25.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, en este sentido, ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 31-32.

necesario al tipo la producción de un resultado de peligro, de un peligro concreto para un bien jurídico protegido<sup>4</sup>.

Es fundamental, a este respecto, distinguir con claridad la peligrosidad de la acción y el resultado de peligro. Para ello es necesario profundizar en el concepto de peligro<sup>5</sup>.

El juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. La acción no era peligrosa.

El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez), colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa.

El peligro aparece entonces como una cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa. Para que pueda hablarse de un *resultado* de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable<sup>6</sup>.

Un conductor de un vehículo de motor adelanta a otro vehículo en un cambio de rasante; su conducta será peligrosa si para un observador inteligente, colocado en su lugar, en el momento en que inicia la maniobra de adelantamiento, aparece como no absolutamente improbable que venga un vehículo en dirección contraria y, por tanto, la pro-

---

<sup>4</sup> Véase también, en este sentido, W. GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung, en Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1972, pp. 171 y ss. y especialmente pp. 183-184; y H. H. JESCHECK, TH. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1996, p. 264 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4.ª ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 238-239).

<sup>5</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 113 y ss.

<sup>6</sup> Véase, en este sentido, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 47 y 137; mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I Introducción, Teoría jurídica del delito /1*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1981, pp. 113 y ss., y más recientemente, H. J. HIRSCH, *Gefahr und Gefährlichkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 548-549. Aunque Welzel y Hirsch exigen para la existencia del peligro la *probabilidad* de la producción del resultado delictivo.

ducción de un resultado de muerte, lesiones o daños. Puede suceder, sin embargo, que no viniera en ese momento un vehículo en dirección contraria.

En ese caso no se habría producido un *resultado* de peligro, un peligro concreto de un bien jurídico. Si venía un vehículo en dirección contraria, se habrá producido un resultado de peligro, si en el momento en que este vehículo entrase en el radio de acción del que llevaba a cabo el adelantamiento, apareciera como no absolutamente improbable la producción de un resultado de muerte, lesiones o daños. Se trata, como señaló Welzel, de dos juicios de peligro realizados en momentos diferentes.

Pero en todo caso se trata de un juicio llevado a cabo *ex ante*. Desde un punto de vista *ex post*, carece de sentido el juicio de peligro. Si el resultado no se ha producido es porque faltaba alguna de las condiciones necesarias para su producción. El juicio de peligro sólo tiene sentido realizado *ex ante* y entonces puede suceder, sin duda, que la producción del resultado apareciera como improbable y la acción como no peligrosa y que, no obstante, el resultado se produzca después. Carece de sentido también, por la misma razón, a mi juicio, la inclusión en el juicio de peligro, aunque se lleve a cabo *ex ante*, de elementos o circunstancias conocidas sólo *ex post*<sup>7</sup>.

Carece de sentido, por ello, a mi juicio, el intento de Horn de determinar el concepto de resultado de peligro desde un punto de vista *ex*

---

<sup>7</sup> Como proponen, por ejemplo, H. SCHRÖDER, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, n.º 1-2, pp. 12 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 87, 89, 90 y ss.; Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., C. H. Beck, Munich, 1997, pp. 352 y ss. (n.º 121 y ss.) (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 404 y ss., n.º 114 y ss.), Jürgen WOLTER, *Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht, Juristische Schulung*, 1978, p. 754; *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker-Humblot, Berlin, 1981, pp. 223 y ss., 227 y 229 y ss.; J. M.ª SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del iter criminis (artículos 16-18)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M.ª Bosch, Editor, Barcelona, 1997, pp. 125-126; S. MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, separata de *Manuales de Formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 30; R. ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2.000, pp. 10, nota 23 y 178, y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, «Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito», *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Año 1, n.º 0, mayo-agosto 2.000, pp. 167 y 170-171.

*post* y con base en la concepción de la causalidad como «condición conforme a una ley»<sup>8</sup>. Se daría un resultado de peligro, según Horn, cuando las circunstancias concurrentes tendrían que haber dado lugar a la producción del resultado delictivo, de acuerdo con las leyes causales conocidas. Es decir, cuando el resultado no se haya producido de un modo inexplicable<sup>9</sup>. Con independencia de que de este modo se restringiría en exceso el concepto de resultado de peligro, lo cual sería insatisfactorio desde el punto de vista político criminal, como señala Feijóo: «Es muy raro que *ex post* algo no se pueda explicar racional o científicamente»<sup>10</sup>.

Una restricción excesiva, desde el punto de vista político criminal, del concepto de resultado de peligro se produce también, a mi juicio, si se exige, como hace la llamada teoría normativa del peligro<sup>11</sup>, para su concurrencia que el resultado delictivo no se haya producido por circunstancias ajenas a la voluntad o dominio del sujeto, es decir por circunstancias ajenas a la voluntad o dominio del sujeto, es decir por circunstancias con cuya concurrencia una persona razonable no pueda ya confiar (el azar, la concatenación de circunstancias favorables incontralables, la intervención especialmente acertada de terceros o de la víc-

---

<sup>8</sup> Véase, sobre esta concepción de la relación de causalidad, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, p. 56.

<sup>9</sup> Véase ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 1973, pp. 104 y ss., 128 y ss., 144 y ss., 159 y ss., 182 y ss. y 212, así como *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, *Observaciones previas a los arts. 306 y ss., n.º 5 y ss.*

<sup>10</sup> Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, p. 172 y, en el mismo sentido, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 354 (n.º 124) (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, p. 405, n.º 116).

<sup>11</sup> Véase, en este sentido, por ejemplo, DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Bochum, 1980; Bernd SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 796-7; WOLTER, *Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährherfolg im Strafrecht*, pp. 752 y ss.; *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, pp. 223 y ss., 227 y 229 y ss.; Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, V. Klostermann, Frankfurt a. Main, 1989, pp. 201 y ss., especialmente pp. 202, 210 y 353; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, p.s. 354-355 (n.º 125-126) (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, pp. 405-406, n.º 117-118); Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 37-8, y FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, pp. 173 y ss.

tima). No hay que confundir, por otra parte, la producción del resultado de peligro con la imputación objetiva del mismo. Los criterios de imputación objetiva deben aplicarse, sin duda, al resultado de peligro, en los delitos de peligro concreto<sup>12</sup>. No es posible entrar aquí en el análisis de los criterios de imputación objetiva. Sólo señalaré, a este respecto, de acuerdo con mi posición expuesta en otro lugar<sup>13</sup>, que el resultado de peligro ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto y ha de estar, además, comprendido por el fin de protección de la norma, es decir el resultado de peligro ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma.

No cabe objetar, como hace Feijóo, al concepto aquí sustentado del resultado de peligro (que se produciría cuando un bien jurídico ha entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y en ese momento aparece *ex ante* como no absolutamente improbable la lesión del bien jurídico) que se trate de un concepto naturalístico, del que no pueda depender directamente una decisión normativa<sup>14</sup>. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo. Lo es en la medida en que se tienen en cuenta en el juicio de peligro, las circunstancias del caso concreto *cognoscibles* por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales<sup>15</sup>. No es posible fijar estos niveles de conocimiento sin un juicio de valor acerca de lo que se puede exigir a los que realicen una determinada actividad en la vida social. Pero, además, la determinación del grado de posibilidad, desde el punto de vista *ex ante*, de la producción del resultado delictivo, necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, o de la producción de un resultado de peligro, sólo puede realizarse mediante un juicio de valor, en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político-criminales.

En nuestro Código penal vigente, concretamente de la regulación de la tentativa en el art. 16 (donde se exige para la existencia de tentativa punible la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*) se deduce que no está prohibida toda acción finalista dirigida por

---

<sup>12</sup> Véase también, en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, pp. 176 y ss., aunque no distingue claramente la producción del resultado de peligro y su imputación objetiva.

<sup>13</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 104 y ss.

<sup>14</sup> Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, pp. 168 y ss.

<sup>15</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 117-118.

la voluntad del sujeto a la producción del resultado delictivo. No parece coherente con esta concepción de lo injusto la consideración de que baste una posibilidad meramente remota de la producción de la lesión del bien jurídico, desde un punto de vista *ex ante* para la apreciación de la peligrosidad de la acción y un resultado de peligro. La exigencia de la *probabilidad* de la lesión del bien jurídico, frecuente en la Ciencia del Derecho penal española y alemana, para la apreciación de la peligrosidad de la acción o de un resultado de peligro<sup>16</sup> no parece aconsejable desde un punto de vista político criminal. Se restringiría excesivamente el ámbito de las conductas punibles, especialmente en el ámbito de la tentativa<sup>17</sup>. Considero, por ello, que el criterio más adecuado es el de exigir que la producción de la lesión del bien jurídico aparezca desde un punto de vista *ex ante*, en un juicio de previsibilidad objetiva, como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción<sup>18</sup>. Coincide este criterio con el sugerido por Engisch para la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Consideran que el peligro supone la probabilidad de la producción de la lesión del bien jurídico, en la Ciencia del Derecho penal española, E. CUELLO CALÓN-C. CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, Vol. 1.º, 18.ª ed., Bosch, Barcelona, 1980, p. 311; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA-A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18.ª ed., Madrid, 1995, pp. 427-8; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, III, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1965, p. 472; Marino BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, fasc. 3.º, p. 492; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 279 y 338 y ss.; J. A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, II, Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad)*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1985, p. 296, y J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3.º del proyecto de Código penal español de 1980 (II)*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, fasc. 1.º, pp. 105-6. Consideran que no es preciso que se trate de una probabilidad matemática, Marino BARBERO SANTOS, ob. cit., p. 492 («hemos de manifestar que entendemos por peligro, con la mayor parte de la doctrina, la probabilidad —no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad— de que se produzca la lesión de un bien jurídico»), y ESCRIVÁ GRÉGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 25 y ss. («en definitiva, se trataría de que en una escala cuyos dos extremos vendrían dados por la segura producción y segura no producción de un resultado lesivo, primara (en un sentido de orden) el grado de probabilidad de ‘producción’ sobre el grado de probabilidad de ‘no producción’, es decir que fuera ‘más probable’ que el daño sucediera que el que no sucediera», p. 27).

<sup>17</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del delito / 2*, Tecnos, Madrid, 2.001, p. 203.

<sup>18</sup> Véase ya, en este sentido, mi *Curso de Derecho Penal Español, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 113-114.

<sup>19</sup> Véase K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübinga, 1931, p. 46.

Por otra parte, el concepto de peligro en el ámbito del Derecho penal debe ser siempre el mismo, en los delitos de peligro, en la imputación objetiva de resultados, en la tentativa punible y en la determinación del objeto del dolo, pues de lo contrario se incurriría en graves desajustes y contradicciones internas en la determinación de lo injusto de las conductas delictivas y en los planteamientos político criminales<sup>20</sup>.

## II. Los delitos de peligro abstracto en el ojo del huracán de la moderna polémica sobre el Derecho penal del riesgo

En la moderna Ciencia del Derecho penal alemana ha hallado un gran eco la concepción del sociólogo Beck, de que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, la sociedad del riesgo. Esta evolución habría tenido una gran repercusión en el Derecho penal, en el que se apreciaría un menoscabo de los principios básicos del derecho penal liberal, en aras de la función preventiva frente a los nuevos riesgos (en el empleo de la energía nuclear, en la industria química, para el medio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética), Se habla, en este sentido, de un Derecho penal del riesgo<sup>21</sup>.

Ha sido la Escuela de Frankfurt, encabezada por Hassemer, la que ha denunciado con mayor energía esta evolución<sup>22</sup>. Rasgos esenciales de la misma serían la protección en medida creciente de bienes jurí-

---

<sup>20</sup> Véase, en este sentido, HIRSCH, *Gefahr und Gefährlichkeit*, pp. 555 y ss. De otra opinión, CÓRDOBA RODA, en su «Rapport sobre los delitos de peligro», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, n.º 1-2, pp. 359-60; ESCRIVÁ GRÉGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 30 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, p. 170, y Blanca MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 9, enero 2002, p. 78.

<sup>21</sup> Véase, a este respecto, Felix HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Decker, Heidelberg, 1991; Cornelius PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1993, y Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2.001.

<sup>22</sup> Véase Winfried HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, trad. de Elena Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 1.º, pp. 235 y ss.; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, pp. 20 y ss. (n.º 26 y ss.) (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, pp.60-62, n.º 23a-23 e), y Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 68 y ss., 78 y ss y 92 y ss.

dicos colectivos, supraindividuales, de contornos imprecisos (la salud pública, el medio ambiente, el sistema de crédito, las subvenciones, en el Derecho penal económico, etc.), así como la proliferación de los delitos de peligro abstracto. Éstos permitirían una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho penal, pues al no formar parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto de un bien jurídico, no sería precisa la prueba de la producción del resultado, ni de la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo. Esta reducción de los presupuestos de la punibilidad supondría una disminución de las posibilidades de defensa, así como una mayor libertad de acción del juez. El peligro del bien jurídico sería sólo la *ratio legis* de la creación de las figuras delictivas; el juez no tendría que probar siquiera la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.

En el Derecho penal del riesgo se observa, además, una difuminación o flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales del derecho penal liberal, de los criterios de imputación objetiva y subjetiva (por ejemplo, de la concepción de la relación de causalidad), así como de las distinciones entre consumación y formas imperfectas de ejecución, entre autoría y participación (que se observa especialmente en el delito de tráfico de drogas, regulado en el artículo 368 del Código penal español).

Al extender su intervención a nuevos sectores de la actividad social y al ampliar el ámbito de protección más allá del círculo de los bienes jurídicos individuales, el Derecho penal se convertiría en un instrumento de política social. El Derecho penal dejaría de ser la última *ratio* para convertirse en la primera o única *ratio* en la protección de los nuevos bienes jurídicos, con olvido del principio de subsidiariedad. La efectividad de la intervención del Derecho penal en la prevención de los nuevos riesgos sería, sin embargo, escasa, con lo cual adquiriría con frecuencia un carácter meramente simbólico.

La preocupación básica del Derecho penal moderno sería la prevención del riesgo y no, en primer término, el establecimiento de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad de lo injusto culpable, con menoscabo de los principios de igualdad y proporcionalidad.

El menoscabo de las garantías propias del Estado de Derecho se advertiría, incluso, en el proceso penal, con el auge, precisamente en el ámbito de los nuevos delitos contra bienes jurídicos colectivos, de la práctica de la negociación y acuerdo entre las partes y de la aplicación del principio de oportunidad.

Hassemer propugna una reducción del Derecho penal a su núcleo central caracterizado por la protección de los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo. Los delitos deberían ser básicamente delitos de lesión y sólo de modo excepcional delitos de peligro (delitos de incendio, de asociaciones ilícitas, delitos contra la seguridad del Estado). Los bienes jurídicos colectivos deberían ser reducidos al mínimo, ser descritos con la mayor precisión posible y ser interpretados en función de la protección de los bienes jurídicos individuales (teoría de la concepción personal de los bienes jurídicos).

En definitiva, propone Hassemer la creación de un Derecho de intervención, intermedio entre el Derecho penal y el Derecho de las contravenciones, entre el Derecho público y el Derecho privado (civil). Sus garantías serían menores que en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, pero sus sanciones serían también de menor gravedad<sup>23</sup>.

No es posible, en el marco de esta conferencia, llevar a cabo un análisis exhaustivo de las críticas al llamado Derecho penal del riesgo, ni de las alternativas que se han propuesto al mismo.

Quisiera señalar, sin embargo, antes de centrarme en el estudio de los delitos de peligro abstracto, que no es posible una vuelta al Derecho penal del siglo XIX, reduciendo básicamente el Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos individuales. El Derecho penal no puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar, so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social. No tendría sentido mantener la regulación de los delitos contra la propiedad y no incluir en el Código los delitos contra el orden socioeconómico (los delitos relativos al mercado y los consumidores, los delitos societarios o financieros), mantener la protección de la vida y la integridad corporal y la salud y no incluir en el Código los delitos contra el tráfico de drogas y contra el medio ambiente. El moderno Derecho penal no puede ignorar tampoco la protección de la ordenación del territorio (delito urbanístico), ni la protección del patrimonio histórico-artístico. Así lo entendimos al redactar el Proyecto de nuevo Código penal español de 1980 y así lo ha entendido el legislador de nuestro país en el nuevo Código penal de 1995.

Los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales deben ser definidos con la mayor precisión posible. En rigor debería diferenciarse entre los bienes jurídicos colectivos, que tienen, sin duda, un carácter

---

<sup>23</sup> Véase, a este respecto, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 21 (n.º 29) (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, p. 61, nota 23 c).

intermedio y son un mero instrumento para la protección de los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos realmente supraindividuales. La seguridad del tráfico es un claro ejemplo de los primeros. En los delitos contra la seguridad del tráfico se trata de proteger la vida, la integridad corporal y la salud de las personas y la propiedad<sup>24</sup>. La salud pública es también un bien jurídico colectivo; en realidad lo que se protege en los delitos contra la salud pública es la vida y la integridad corporal y la salud de las personas. En general, en todos los delitos contra la seguridad colectiva, comprendidos en el Título XVII del Libro II del Código penal español (que abarca, además de los mencionados, los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, los delitos de estragos, los relativos a la tenencia y manipulación de explosivos y los delitos de incendio) se protegen bienes jurídicos colectivos. Son bienes jurídicos, en cambio, supraindividuales la fé pública (en las falsedades), la Administración de Justicia, la Administración Pública y la seguridad del Estado. El medio ambiente será un bien jurídico colectivo si es concebido de un modo antropocéntrico (entonces se protege la vida, la integridad corporal y la salud de los seres humanos actuales y futuros), mientras que si se concibe, como en el actual Código penal español, de un modo ecocéntrico será un bien jurídico supraindividual (en el tipo básico del art. 325 se protege «el equilibrio de los sistemas naturales» y sólo en el tipo calificado se alude al «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas»)<sup>25</sup>. Sólo los bienes jurídicos colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal.

---

<sup>24</sup> Véase, en este sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, pp. 156-158, quien considera que «la seguridad del tráfico es un bien jurídico colectivo intermedio con un claro referente individual». La opinión mayoritaria en la Ciencia del Derecho penal española considera que la seguridad del tráfico es un presupuesto o medio de protección de bienes jurídicos individuales; véase, por ejemplo, ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 114 y ss. y 137 y ss.; Concepción CARMONA SALGADO y Juan José GONZÁLEZ RUS, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, II, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 176-177 y 94 y ss.; F. MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, dirigido por Miguel Bajo Fernández, II, Ceura, Madrid, 1998, p. 709, y J. M.<sup>a</sup> TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1686. MUÑOZ CONDE mantiene una posición intermedia: en los delitos contra la seguridad colectiva se protegerían simultáneamente bienes jurídicos individuales y colectivos, planteándose difíciles problemas de interpretación; véase, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 569-570.

<sup>25</sup> Véase, en este sentido, Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 72.

No es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo, de modo que puedan ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales<sup>26</sup>. Los delitos de peligro abstracto serían entonces, en este ámbito, delitos de lesión. Por ejemplo, el delito de conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379 del Código penal español) no sería un delito de peligro abstracto, sino de lesión del bien jurídico de la seguridad del tráfico. La razón de la imposibilidad de desconectar los bienes jurídicos colectivos de los bienes jurídicos individuales a cuya protección sirven, es que la lesión del bien jurídico colectivo, por sí sola, por ejemplo la infracción de las normas de tráfico o que protegen la salud pública no revestiría gravedad suficiente para constituir un ilícito penal. Sólo la referencia última a los bienes jurídicos individuales otorga a la infracción de las normas de tráfico, o de las normas que protegen la salud pública, de un contenido material de injusto de suficiente gravedad para constituir un ilícito penal<sup>27</sup>.

Una de las características del moderno Derecho penal es, sin duda, que en la protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales el legislador se ha olvidado del principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del Derecho penal. Así se ha producido la paradoja de la coexistencia de un proceso despenalizador y de una hipertrofia del Derecho penal en las nuevas zonas de la actividad social en que irrumpen. Esto se advierte claramente en nuestro país, no sólo en los delitos relativos al mercado y a los consumidores y en los delitos societarios, sino también y especialmente en los delitos contra la ordenación del territorio (delitos urbanísticos, arts. 319-320), en los delitos relativos a las manipulaciones genéticas (arts. 159 y ss.) y en los delitos relativos a la protección de la flora y de la fauna (arts. 332 y ss.).

La protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos y supraindividuales puede ser llevada a cabo, incluso de un modo más eficaz, por otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, el Derecho mercantil y especialmente el Derecho administrativo sancio-

---

<sup>26</sup> De otra opinión, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 198; L. GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 270-271, y Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 164 y ss., que parte del concepto de bien jurídico colectivo formulado por Bustos «como las condiciones esenciales para el desarrollo de los bienes jurídicos individuales».

<sup>27</sup> Véase, en este sentido, FEIJÓ SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, p. 158.

natorio. En este último se aplican ya en nuestro país los principios básicos del Derecho penal, como el principio de legalidad, el de la irretroactividad de las leyes desfavorables, la retroactividad de las leyes favorables y, parcialmente, el principio de culpabilidad, lo cual es lógico desde el momento en que entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo y entre las sanciones penales y administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas<sup>28</sup>. El Derecho penal debe limitarse también en estas nuevas zonas de expansión a sancionar las formas más graves de lo ilícito civil, mercantil y administrativo<sup>29</sup>. No hay que desdeñar tampoco la importancia de las medidas de política social tendentes a la previsión de riesgos<sup>30</sup>.

Realmente preocupante es la flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales que se observa en el Derecho penal del riesgo. Ello se advierte claramente en la moderna evolución de la concepción de la relación de causalidad<sup>31</sup>. Los problemas se plantean cuando se desconoce aún la causalidad general, es decir cuando la investigación científica no ha descubierto aún una ley causal. La fórmula de la *conditio sine qua non* no permite en esos casos la constatación de una relación de causalidad. En estos supuestos se ha producido en la Ciencia del Derecho penal alemana y española, así como en la jurisprudencia de ambos países una clara normativización de la relación de causalidad. Piénsese en los casos del Contergan, del spray para pieles y del producto protector para madera, en Alemania y el de la colza o del llamado síndrome tóxico en España<sup>32</sup>.

Frente a estas presiones de las exigencias de la prevención general sobre las categorías dogmáticas básicas de la teoría del delito hay que reafirmar su vigencia y su trascendencia como garantía de los derechos de la persona. Ni siquiera me parece aceptable la propuesta de Silva Sánchez, en nuestro país, de la división del Derecho penal en dos sectores independientes, delimitados por la imposición o no de penas privativas de libertad. Los criterios de imputación serían distintos en cada uno de ellos. La imposición de penas privativas de libertad iría acom-

---

<sup>28</sup> Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, Introducción, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 45 y ss. y 53 y ss.

<sup>29</sup> Véase también, en este sentido, Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 182 y ss.

<sup>30</sup> Véase, en este sentido, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, pp. 21-22 (n.º 31).

<sup>31</sup> Véase, a este respecto, Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 98 y ss.

<sup>32</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 52 y ss.

pañada de todas las garantías penales y procesales, mientras que en el resto del Derecho penal estas garantías experimentarían una cierta flexibilización<sup>33</sup>. Recientemente Silva Sánchez admite, incluso, bajo la influencia de Jakobs, un Derecho penal de tercera velocidad (Derecho penal del enemigo, o mejor para los enemigos) caracterizado por el incremento de las penas de prisión y una relativización de las garantías sustantivas y procesales. Se trataría de hacer frente, de este modo, a la criminalidad de Estado, al terrorismo y a la criminalidad organizada<sup>34</sup>. Como señala Blanca Mendoza: «A pesar de la ventaja que pueda representar preservar incólume cierto núcleo del Derecho penal, resulta importante mantener con claridad que lo *decisivo* es el recurso a la *previsión e imposición* de una *sanción de carácter penal*... Es la *cualidad de sanción penal* lo que determina el establecimiento y el respeto a ciertas reglas, categorías y principios, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados y sea cual sea la entidad de la pena»<sup>35</sup>.

### III. La legitimidad de los delitos de peligro abstracto

La proliferación de los delitos de peligro abstracto en el moderno Derecho penal se basa, en las figuras delictivas que protegen bienes jurídicos colectivos, en el deseo de anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad caracterizada por un notable incremento de los riesgos para los mismos<sup>36</sup>. Han contribuido a ello también las dificultades para probar, en ocasiones, la relación de causalidad entre la acción y la lesión del bien jurídico. Estas dificultades están determinadas también, según Schünemann, por la amplia sustitución de las relaciones personales, en la moderna sociedad de masas, por formas de conducta anónimas y standarizadas (por ejemplo, en la distribución de alimentos o en las inversiones de capital)<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Véase J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 116 y ss., especialmente pp. 120-121.

<sup>34</sup> Véase J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 163 y ss.

<sup>35</sup> Véase Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 184-185.

<sup>36</sup> Pone en duda que el incremento de los riesgos sea una característica de la sociedad moderna, Bernd SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad del Externado de Colombia, 1996, p. 30.

<sup>37</sup> Véase SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, pp. 31 y ss.

La prueba de la relación de causalidad resulta, incluso, imposible cuando se desconoce la causalidad general, es decir la ley de causalidad que debería servir de base para probar la causalidad concreta<sup>38</sup>.

En la moderna Ciencia del Derecho se ha desarrollado para justificar la intervención del legislador en estos supuestos de incertidumbre acerca del saber científico-causal, el principio de precaución<sup>39</sup>. En la sociedad postindustrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental se plantea el problema, como dice Romeo Casabona, de hasta qué punto está legitimada la intervención del legislador ante «el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo».

Se contraponen el principio de precaución al de prevención. Este parte de la idea de la previsión o de la previsibilidad, con base en las leyes causales conocidas, mientras que el principio de precaución parte de la sospecha de los riesgos graves e irreversibles que puede llevar consigo una actividad determinada, en supuestos en que se desconocen las leyes causales, es decir en que existe una incertidumbre acerca de los procesos causales que puedan desencadenar dichas actividades. La incertidumbre afecta en ocasiones no sólo a la relación de causalidad entre la acción y el daño grave e irreversible, sino a la producción del mismo daño y a la cuantificación del riesgo y del daño. A este respecto existen sólo presunciones o sospechas basadas generalmente en cálculos estadísticos y probabilidades. Los principales campos de aplicación del principio de precaución serían la protección del medio ambiente y de la salud pública.

Con base en el principio de precaución se ha propuesto una ampliación de los delitos de peligro abstracto, de modo que pudieran incluirse en ellos los supuestos de mera sospecha de la posibilidad de la producción de un daño grave e irreversible por la incertidumbre sobre el saber científico-causal<sup>40</sup>. Esta ampliación me parece rechazable, pues supondría una desnaturalización del *concepto* de delito de peligro abs-

---

<sup>38</sup> Véase, a este respecto, Armin KAUFMANN, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns Verlag, 1982, pp. 191 y ss.

<sup>39</sup> Véase, a este respecto, C. M.<sup>a</sup> ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 79-80.

<sup>40</sup> Véase ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal», p. 93.

tracto, que se basa, sin duda, en el criterio de la previsibilidad. En los delitos de peligro abstracto se castigan conductas que generalmente, de acuerdo con el saber científico-causal de la época, llevan consigo el peligro de un bien jurídico protegido.

Me parece rechazable también, por ello, la propuesta que hiciera hace ya tiempo Armin Kaufmann de crear para estos supuestos de duda acerca de la causalidad general, acerca del saber científico-causal, delitos de peligro de nuevo cuño<sup>41</sup>. En estos delitos se comprenderían aquellos supuestos en que, de acuerdo con el saber científico causal en el momento de la realización de la acción, quedaría la duda de si era *generalmente* apropiada para la lesión del bien jurídico. En los tipos debería incluirse una cláusula del siguiente tenor: el que realizara una determinada acción «sin que pudiera excluirse un daño para la vida o la integridad corporal y la salud de otro». Si la causalidad general es discutible no se puede excluir que exista y la acción dé lugar a la producción de un daño; la conducta sería punible salvo que por las circunstancias del caso concreto la ley causal en cuestión no fuera aplicable. Armin Kaufmann proponía, incluso, una refundición de los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro de nuevo cuño, incluyendo en los primeros una cláusula alusiva a los supuestos de duda acerca del saber científico-causal.

El principio de precaución, a mi juicio, debería servir sólo de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas. En los supuestos de mayor gravedad, por ser más vehemente la sospecha, en virtud de cálculos estadísticos, y la trascendencia del posible daño podría recurrirse al Derecho administrativo sancionatorio. Creo que la simple sospecha, aunque sea vehemente, no puede servir de base para una responsabilidad penal. La conducta no reviste entonces gravedad suficiente para constituir un ilícito penal.

Las dudas acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se han planteado también precisamente en el plano de lo injusto. Desde el momento en que puede faltar en el caso concreto el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material. No se considera suficiente para fundamentarlo con que la acción lleve consigo *generalmente* el peligro del bien jurídico. Se trataría de una presunción *iuris et de iure*, irrefutable, de la existencia del peligro.

Los delitos de peligro abstracto no plantean, en cambio, problema alguno desde el punto de vista del principio de legalidad. El legislador

---

<sup>41</sup> Véase Armin KAUFMANN, *Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergangeverfahren*, pp. 193 y ss.

puede describir la acción prohibida de un modo preciso, como sucede en el ejemplo paradigmático del delito de conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379 del Código penal español). Como señala Schünemann, desde el punto de vista del principio de legalidad los delitos de peligro abstracto son más satisfactorios que los delitos imprudentes de resultado, en que la conducta prohibida no está descrita en el tipo y es el juez el que generalmente tiene que fijarla *a posteriori*, al determinar cual era el cuidado objetivamente debido<sup>42</sup>.

El contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se cifra en el desvalor de la acción. En la configuración de los tipos se mantiene la referencia a los bienes jurídicos. Se castigan ciertas conductas porque generalmente ponen en peligro el bien jurídico. Se mantiene, pues, una conexión, aunque de menor entidad, con el principio de lesividad<sup>43</sup>. El dolo, al ser conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no va referido, sin embargo, al peligro del bien jurídico (pues no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro), ni siquiera tiene que abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción.

En los delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto, es mucho mayor la gravedad del desvalor de la acción. Para que la acción sea típica es preciso que, desde un punto de vista *ex ante*, aparezca como no absolutamente improbable que de ella se derive la lesión del bien jurídico. En los delitos de aptitud para la producción de un daño aparece como un elemento del tipo *la peligrosidad de la acción* desde un punto de vista *ex ante*. En ellos, el dolo deberá comprender consecuentemente no sólo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también de su peligrosidad.

En los delitos de peligro abstracto, puros o en los delitos de aptitud para la producción de un daño, no concurre un desvalor de resultado. De esta opinión discrepa Kindhäuser, quien considera que en ellos concurre un daño *sui generis*, consistente en el menoscabo de la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de forma segura<sup>44</sup>. No

---

<sup>42</sup> Véase SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 35.

<sup>43</sup> Véase, en este sentido, L. GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, p. 45.

<sup>44</sup> Véase Urs Konrad KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pp. 277 y ss., y «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del*

es que Kindhäuser considere que en los delitos de peligro abstracto se proteja otro bien jurídico, la seguridad, como se ha interpretado en ocasiones<sup>45</sup>, sino que distingue tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos, la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las «condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes»<sup>46</sup>. Este daño *sui generis* no se distingue, a mi juicio, del desvalor de la acción, consistente en la realización de una acción que generalmente pone en peligro el bien jurídico protegido.

Se ha hablado, en ocasiones, de delitos de peligro abstracto de resultado<sup>47</sup>, pero no se trata de un resultado consistente en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido. Se trata de un menoscabo del objeto de la acción. Como señala Alicia Gil: «Es posible que, sin exigir que el objeto material del bien jurídico haya entrado en la situación o radio de peligro, el tipo sí exija la producción de un determinado resultado, un efecto sobre el objeto de la acción, que vendrá a limitar la acción típica»<sup>48</sup>. En estos delitos no basta con la realización de una acción, como sucede en los delitos de peligro abstracto de mera actividad, «sino que es necesario que de la misma se haya derivado ese resultado externo que configura <la situación de peligro>». La situación de peligro para el bien jurídico es presumida, sin embargo, por la ley *iuris et de iure*, una vez producido el resultado exigido por el tipo<sup>49</sup>. El dolo en los delitos de peligro abstracto de resultado será la conciencia y voluntad de la realización de la acción descrita en el tipo y de que la producción del resultado descrito en el mismo es una con-

---

Profesor Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995, pp. 448-449, a cuya opinión se adhiere L. GRACIA MARTÍN, en «Política criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *Actualidad Penal*, 1994, n.º 18, pp. 355-356. Terradillos considera que también el peligro abstracto «supone remoción o aminoración de la situación de seguridad previamente existente»; véase Juan M.<sup>a</sup> TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», en *El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 792 y 796.

<sup>45</sup> Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 29.

<sup>46</sup> Véase, en este sentido, Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 168, nota 34.

<sup>47</sup> Véase, en este sentido, Marino BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, pp. 490-491.

<sup>48</sup> Véase Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 173 y ss., que se adhiere a la tesis de L. GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, pp. 271-273.

<sup>49</sup> Véase Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 174.

secuencia no absolutamente improbable de la acción, pero no de que dicho resultado suponga la creación de una situación peligrosa para el bien jurídico<sup>50</sup>.

Un ejemplo de delito de peligro abstracto de resultado era el delito de incendio del art. 548 del anterior Código penal español. En él se castigaba a «los que incendiaren edificio, alquería, choza, albergue, aeronave o buque en puerto sabiendo que dentro se hallaban una o más personas». Al configurar este tipo agravado o calificado de incendio, el legislador tuvo en cuenta no sólo el resultado material, sino también la capacidad general de la acción para producir la lesión de la vida o la integridad corporal de una o más personas. Delitos de peligro abstracto de resultado son la mayor parte de los delitos de infracción de deberes contables y registrales contenidos en el artículo 310 del nuevo Código penal español<sup>51</sup>.

No cabe ver, a mi juicio, en los delitos de peligro abstracto una infracción del principio de culpabilidad, como estima Roxin y un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana<sup>52</sup>. Al ser la culpabilidad la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, sólo se daría una infracción indirecta del principio de culpabilidad por falta del objeto de reproche, si en la conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material de injusto<sup>53</sup>.

La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.

#### **IV. Propuestas de restricción de los delitos de peligro abstracto**

No es sorprendente, por ello, que en la Ciencia del Derecho penal española y alemana se hayan formulado numerosas propuestas para

---

<sup>50</sup> Véase Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 175.

<sup>51</sup> Todos menos el contenido en el apartado a) de dicho artículo.

<sup>52</sup> Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, pp. 355 y ss (n.º 127 y ss.) (*Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 407 y ss., n.º 119 y ss.).

<sup>53</sup> Véase ya, en este sentido, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 113, nota 41, y recientemente, Blanca MENDOZA BUERGO, *La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto*, pp. 43-44, nota 11.

restringir el tipo de los delitos de peligro abstracto. Se trata de interpretaciones restrictivas con el fin de asegurar la presencia en el caso concreto de un contenido de injusto material de suficiente entidad para satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito.

Un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana<sup>54</sup> y española<sup>55</sup> sugiere que se admita la prueba de que en el caso concreto no se dió el peligro del bien jurídico. Debe considerarse, de acuerdo con esta corriente doctrinal, que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro.

En el X Congreso internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma, del 29 de septiembre al 5 de octubre de 1969 se adoptó la conclusión de «que el sistema de < peligro presunto > debe ser cuidadosamente dosificado y debe comportar la posibilidad legal de aportar prueba en contrario para rebatir la presunción, al menos en los casos especialmente previstos por el legislador»<sup>56</sup>.

Jescheck adopta una posición más cautelosa: «Aunque la concurrencia de un peligro concreto no pertenezca al tipo de peligro abstracto, la punibilidad debe quedar excluida, según una opinión muy extendida, si la producción de un peligro de los objetos de protección, presupuestos en el tipo... estaba absolutamente excluida»<sup>57</sup>. Jescheck considera que, en los supuestos en que la posibilidad de producción de un peligro para el objeto de protección está absolutamente excluida, la conducta sigue siendo ilícita, pero la ilicitud desciende por debajo de lo injusto punible. Por otra parte, invocando la opinión de Brehm, excluye de la posibilidad de prueba de la imposibilidad de la producción del peligro todas aquellas normas que desempeñan una «función de organización», como las que regulan la seguridad del tráfico<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Véase H. SCHRÖDER, *Abstrakt-Konkrete Gefährdungsdelikte?*, p. 525, y Z.Str.W., tomo 81, pp. 16 y ss.

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, en su *Rapport sobre los delitos de peligro*, pp. 375-376, y M. BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pp. 489 y 492 y ss.

<sup>56</sup> Véase *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1970, n.º 1-2, p. 9.

<sup>57</sup> Véase JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 264-265 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 238-239).

<sup>58</sup> Véase JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 264-265, nota 45. A la postura de Jescheck se ha adherido básicamente en nuestro país MIR PUIG; véanse sus adiciones a la trad. de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 372, y *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 209-210.

En relación con esta propuesta hay que señalar, en primer lugar, que el término delitos de peligro presunto utilizado, en ocasiones<sup>59</sup>, para designar los delitos de peligro abstracto es absolutamente inadecuado. En los delitos de peligro abstracto no se presume, ni con una presunción *iuris tantum* ni *iuris et de iure*, la existencia de un peligro para el bien jurídico. Se castigan sólo ciertas conductas porque *generalmente* llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro del bien jurídico es únicamente la *ratio legis* de la creación de estas figuras delictivas.

Se ha objetado a la propuesta de admitir la prueba de que en el caso concreto no se dió el peligro del bien jurídico, que si el procesado corre con la carga de la prueba se infringiría el principio *in dubio pro reo*, siempre que no lograrse probar la ausencia de peligro. Si se exige, en cambio, como hace Schröder, que sean la acusación o el juez los que corran con la carga de la prueba se introduce subrepticamente en el tipo la exigencia de un resultado de peligro<sup>60</sup>. De este modo se transformarían, en contra de la voluntad de la ley, los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto.

Tampoco me parece convincente la propuesta de exigir que se dé la probabilidad de la producción de un peligro concreto<sup>61</sup>, pues supone la introducción en el tipo de un requisito inexistente y ajeno, además, a la esencia de los delitos de peligro abstracto<sup>62</sup>. En esta línea

---

<sup>59</sup> Especialmente en la Ciencia del Derecho penal italiana, pero también en nuestro país; véase, por ejemplo, A. BERISTAIN, «Resultado y delitos de peligro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. XIII, n.º 34-35-36, 1969, p. 457; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid 1966, pp. 169-70; *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, p. 279, y CÓRDOBA RODA, en su «Rapport sobre los delitos de peligro», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, n.º 1-2, p. 359. Véase, en contra de esta terminología, Marino BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pp. 492-3.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, en este sentido, HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 25-6, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, observaciones previas al art. 306, n.º 17; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 356, n.º 128 (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, pp. 407-408, n.º 120); A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, p. 827, y Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 269.

<sup>61</sup> Véase, en este sentido, Peter CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstrakter Gefährungsdelikt*; J. C. B. Mohr, Tübinga, 1962, pp. 50 y ss., 61 y ss. y especialmente 67 y ss., y GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, p. 180.

<sup>62</sup> Véase, en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, p. 164.

está la propuesta de Torío de exigir en los delitos de peligro abstracto que quepa caracterizar como de peligro hipotético (es decir de posible peligro para un bien jurídico) la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante* y la comprobación por el juez de la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico<sup>63</sup>. Torío excluye de esta propuesta los delitos de peligro abstracto que consistan sustancialmente en la violación de la ética social o en infracciones administrativas criminalizadas<sup>64</sup>.

Un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana<sup>65</sup> y española<sup>66</sup> propugna la exclusión del tipo de los delitos de peligro abstracto de las acciones que respondan al cuidado objetivamente debido. La acción no sería típica si el sujeto había adoptado medidas de cuidado o seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos. Los delitos de peligro abstracto serían conductas imprudentes sin resultado, por así decirlo tentativas imprudentes. Las normas de los delitos de peligro abstracto y de los delitos imprudentes de resultado serían las mismas. El legislador ha sancionado, sin embargo, en los delitos de peligro abstracto, la realización de determinadas acciones porque *generalmente* ponen en peligro los bienes jurídicos. Falta en el tipo toda referencia a las situaciones concretas y a un determinado bien jurídico individual. Se castiga la conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379) porque en general la conducción bajo la influencia de dichas sustancias pone en

---

<sup>63</sup> Véase A. TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, pp. 831 y ss., 842-843 y 846.

<sup>64</sup> No existen, a mi juicio, infracciones delictivas de carácter puramente formal, carentes por completo de relevancia ético-social o cultural, pues el Derecho penal castiga como delito las infracciones más graves de las normas de la Ética social o del orden político o económico de la sociedad; véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español*, I, Introducción, pp. 15 y ss. y 47.

<sup>65</sup> Véase, en este sentido, Wolfgang BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*; J. C. B. Mohr, Tübinga, 1973, pp. 127 y ss., y HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 22 y ss., 28, 94 y ss. y 218 y ss., y *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Observaciones previas al art. 306*, n.º 17.

<sup>66</sup> Véase, en este sentido, Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 297 y ss. y 338. Teresa Rodríguez Montañés limita su propuesta a los delitos de peligro abstracto «propios», orientados a la protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados, mientras que en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales inmatrimoniales o institucionalizados es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar su peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, pues formalmente estamos ante delitos de lesión de ese bien interpuesto «con función representativa».

peligro la vida, la integridad corporal o la propiedad de las demás personas que participan en el tráfico. Pero en el tipo del delito de peligro abstracto no se hace referencia a estos bienes jurídicos individuales ni, por tanto, a la observancia o inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar su lesión. Ni es posible incluir en el tipo por vía interpretativa la exigencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de bienes jurídicos a los que no se hace referencia en el tipo<sup>67</sup>. La realización del tipo de los delitos de peligro abstracto suele coincidir con la realización de una acción que no responde al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de bienes jurídicos individuales (vida, integridad corporal y salud, o propiedad), pero dicha coincidencia no es necesaria. El cuidado objetivamente debido exige tener en cuenta no sólo las consecuencias objetivamente previsibles de la acción, sino también la conducta que observaría en esa situación una persona inteligente y sensata. Como dice Feijóo: «La relación de los delitos de peligro con el delito imprudente de resultado no es “normativa” desde el punto de vista dogmático, sino “funcional” desde un punto de vista político-criminal»<sup>68</sup>.

La inclusión, por vía interpretativa, en el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto de la exigencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido repercutiría necesariamente en el tipo subjetivo, es decir en el contenido del dolo en estos delitos<sup>69</sup>. Para el dolo no bastaría ya con la conciencia y voluntad de la realización de la acción descrita en el tipo, sino que debería comprender la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Para ello no bastaría con la conciencia y voluntad de la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, sino que debería añadirse la conciencia y voluntad de no comportarse en esa situación como lo haría una persona inteligente y sensata.

Roxin, siguiendo a Schünemann, propone excluir del tipo de los que él llama delitos de peligro abstracto clásicos, los supuestos en que el sujeto haya observado, en la realización de la acción, las medidas de cuidado que él creía necesarias para evitar la producción del peligro concreto<sup>70</sup>. Esto implica, según Roxin, tomar como punto de referen-

---

<sup>67</sup> Véase también, en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, pp. 165-166.

<sup>68</sup> Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito*, p. 166.

<sup>69</sup> Véase, a este respecto, ALICIA GIL, *Derecho penal internacional*, p. 166, nota 28 (que viene de la página anterior).

<sup>70</sup> Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 357, n.º 129 (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estruc-*

cia para la interpretación restrictiva del tipo, no la inobservancia del cuidado objetivamente debido, sino del deber subjetivo de cuidado. La conducta sería punible si el sujeto no había adoptado todas las medidas de cuidado que él creía necesarias, aunque desde un punto de vista objetivo (del cuidado objetivamente debido) las medidas por él adoptadas fueran suficientes (se castigaría la tentativa imprudente inidónea). Roxin no considera oportuna, sin embargo, restricción alguna en los delitos de peligro abstracto de carácter masivo, sobre todo en el tráfico motorizado (como en la conducción en estado de embriaguez del art. 316 del Código penal alemán), ni en los que él llama delitos con un bien jurídico intermedio espiritualizado (cohecho y falso testimonio, arts. 331 y ss. y 153 y ss. del Código penal alemán) en atención a las exigencias de la prevención general.

La propuesta de Schünemann y Roxin supone la introducción en el tipo subrepticamente, por vía interpretativa, del requisito de la inobservancia del deber subjetivo de cuidado. Esta construcción, que busca una mayor conformidad con el principio de culpabilidad, resulta contradictoria, sin embargo, si en el tipo de los delitos imprudentes de resultado se incluye, como uno de sus elementos, la inobservancia del cuidado *objetivamente* debido. Con ello se restringe, además, excesivamente el ámbito del tipo de los delitos de peligro abstracto, desde el punto de vista político criminal.

En nuestro país Escrivá Gregori, Terradillos y Blanca Mendoza proponen exigir la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*; es decir de acuerdo con su concepción de la misma, que en el momento de la realización de la acción aparezca como probable, aunque no se trate de una probabilidad matemática, la producción de la lesión del bien jurídico<sup>71</sup>. En el delito de conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes,

---

*tura de la teoría del delito*, pp. 408-409, n.º 121), y SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, 1975, p. 798.

<sup>71</sup> Véase ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal*, pp. 72 y ss., 115-116 y 117-118; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligro abstracto y garantías penales*, pp. 801-802, y Blanca MENDOZA BUERGO, *La configuración de lo injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto*, pp. 70 y ss. y 72 y ss., y *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pp. 388 y ss., 402 y ss., 437 y ss., y 450 y ss.; Blanca Mendoza exige la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, por estimar que es elemento imprescindible de lo injusto punible y como consecuencia de la aplicación de los criterios de imputación objetiva (entendidos como criterios de delimitación de la acción típica, al modo de Frisch) a los delitos de peligro abstracto (véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 103, nota 9).

sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, podría exigirse que, debido a dicha influencia, apareciera como probable, en el momento de empezar a conducir el vehículo, la producción de un accidente, de un resultado de muerte, lesiones o daños. No sería preciso, sin embargo, que se hubiera producido un *resultado* de peligro, es decir que se hubiera puesto en concreto peligro a un bien jurídico.

Esta propuesta me parece aceptable sólo *de lege ferenda* —siempre que se considere suficiente para afirmar la peligrosidad de la acción que la producción de la lesión del bien jurídico aparezca *ex ante* como no absolutamente improbable, pues de lo contrario se restringiría en exceso el ámbito de las conductas punibles, lo que sería cuestionable desde un punto de vista político criminal. *De lege lata* la propuesta es inaceptable, pues supondría una nivelación de las figuras delictivas de peligro abstracto. En virtud de esta interpretación restrictiva todos los delitos de peligro abstracto se transformarían en delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto<sup>72</sup>.

El problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, es decir del reforzamiento del contenido de injusto material de los mismos, sólo puede ser resuelto por el legislador, transformando los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño o de peligro abstracto-concreto. El legislador español ha seguido esta pauta en el nuevo Código penal, transformando los delitos de peligro abstracto contra la salud pública en delitos de aptitud para la producción de un daño o de peligro abstracto-concreto (arts. 359, 360, 363, 364, 365, 369, 370 y 371) e incluso sustituyéndolos, en ocasiones, por delitos de peligro concreto.

Esta transformación de los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño debe realizarse únicamente, sin embargo, en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, que tienen, como vimos, un carácter intermedio, carecen frecuentemente de contornos precisos y suponen una anticipación de la protección penal de bienes jurídicos individuales (delitos contra la seguridad del tráfico, delitos contra la salud pública). A la transformación de los delitos contra la seguridad del tráfico en delitos de aptitud para la producción de un daño no cabe oponer objeciones desde el punto de vista de la prevención general, pues el sujeto que realiza la acción descrita en el tipo puede saber cuándo no es absolutamente improbable

---

<sup>72</sup> Véase ya, en este sentido, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, p. 116.

que de su acción se derive un accidente, es decir un resultado de muerte, lesiones o daños).

No deberían transformarse, en cambio, en delitos de aptitud para la producción de un daño aquéllos delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos supraindividuales, como en los delitos contra la Administración Pública y los delitos contra la Administración de Justicia. Aquí debe ser punible la simple realización de acciones que *generalmente* ponen en peligro el bien jurídico, es decir la simple realización de la acción descrita en el tipo; por ejemplo, en los delitos de cohecho (arts. 419 y ss.) o de falso testimonio (arts. 458 y ss.). El sujeto no puede enjuiciarse cuándo la dádiva o promesa, en el delito de cohecho, pone en peligro la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa; ni cuándo el testimonio falso crea el peligro de que se dicten sentencias injustas.