

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Marino Barbero Santos

ADPCP, T.XXVI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1973, pp. 487-498

<http://www.cienciaspenales.net>

Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto *

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid

1. PREAMBULO

En la mayoría de las legislaciones existen, y en número no escaso, delitos de peligro. Algunos de ellos tienen en el ámbito penal una gran raigambre, v. gr., determinadas figuras de incendios (1). Otros, la mayoría, se han introducido en fecha reciente, al estimar necesario el legislador anticipar la consumación del delito al estadio en que se produce el peligro de lesión de ciertos bienes jurídicos, sea con el fin de evitar que ésta llegue a originarse, con todas las graves consecuencias que derivan de la utilización de los medios que ofrece el actual progreso técnico, sea porque se considere que así lo exige el presente desarrollo del sentido de solidaridad entre los hombres ó por otras causas (2).

Este solo hecho justificaría que la doctrina se ocupase de los delitos de peligro. Pero ocurre además —y nos referimos ya a los de peligro abstracto— que estos delitos: 1.º) despiertan grandes recelos respecto a su compatibilidad con los postulados hoy imperantes en el campo penal e incluso en algunos países —v. gr., Italia—, con los mismos preceptos constitucionales; 2.º) plantean dificultades dogmáticas casi insolubles, como lo muestra las encontradas opiniones, algunas difícilmente conciliables, tanto en lo que respecta a la determinación de la punibilidad de su tentativa, como a la eficacia del arrepentimiento activo, existencia y prueba del dolo, posibilidad de

* Ponencia mantenida por el autor en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por la Universidad de Belgrano para conmemorar el Cincuentenario del Código penal argentino, celebradas en Buenos Aires del 9 al 13 de octubre de 1971. Las modificaciones introducidas afectan principalmente a las notas.

(1) SIMSON-GEERDS: *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, Munich, 1969, pág. 204. GEERDS: *Die Brandstiftungsdelikte im Wandel der Zeiten und ihre Regelung im ausländischen Strafrecht*, en "Brandermittlung und Brandverhütung", ed. por Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1962, pág. 15.

(2) VERSELE: *L'incrimination de la mise en danger*, en "Rev. de droit pén. et crim.", 1967, pág. 443.

comisión por culpa, su distinción de los delitos preterintencionales, admisión de la prueba de la inexistencia del peligro en el caso a juzgar, etcétera, llegándose incluso, por algunos autores a rechazar su misma existencia desde un punto de vista técnico. Se observa, por otra parte, en la generalidad de las legislaciones —como acabamos de exponer— una evidente tendencia a aumentar el número de esta clase de delitos (3). Todo ello ha motivado que la doctrina se ocupe en los últimos años de su análisis, siendo numerosas y estimables las más recientes contribuciones al esclarecimiento del dificultoso tema. A esta proliferación actual de estudios doctrinales ha contribuido también, en parte, el haber constituido los delitos de peligro una de las materias inscritas en el cuestionario del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en 1969. Se empieza a salvar, pues, el grave descuido en el que, tanto en trabajos monográficos como en los tratados, se ha tenido a los delitos de peligro, por haber dedicado los autores casi exclusivamente sus esfuerzos en la elaboración de la teoría de los delitos de lesión (4). De forma gráfica describió SCHROEDER esta situación, respecto a Alemania, al afirmar en el coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional citado, que tuvo lugar asimismo en Roma, en 1968, que durante 50 años “nessuno in Germania ha studiato il tema” (5).

2. CONCEPTO Y DENOMINACION

Los delitos de lesión se perfeccionan con la destrucción o menoscabo del correspondiente bien jurídico (6).

Por ser esta destrucción o menoscabo un elemento de la figura delictiva se requiere que una u otro se produzca para que la acción se adecúe al tipo. En los delitos de peligro basta, por el contrario,

(3) En relación con las figuras culposas, Welzel escribe que las leyes más recientes se satisfacen “in zunehmendem Masse” con la simple puesta en peligro de un bien jurídico, sin exigir su lesión (*Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, pág. 137). Idéntico pensamiento, pero con carácter más general, expresa Schroeder (*Die Gefährungsdelikte in Strafrecht*, en “ZStW”, 1969 (81), pág. 7): Nur in beschränkten Umfang aber unverkennbar in zunehmenden Masse findet sich das Gesetz bereit schon den Zustand drohender Verletzung... strafrechtlich zu erfassen.

(4) NOVOA MONREAL: *Les délits de mise en danger*, en “Rev. Intern. de droit pénal”, 1969 (40), pág. 324. BERISTAIN IPIÑA: *El delito de peligro por conducción temeraria* (notas al artículo 340 bis a núm. 2), en “Revista de Derecho de la circulación”, 1970, noviembre-diciembre, pág. 6 de la separata.

(5) Véase el *Compte rendu*, en “Rev. Intern. de droit pénal”, 1969, cit., pág. 308.

(6) Creemos que no acierta Rodríguez Devesa al sostener, en las sucesivas ediciones de su *Derecho Penal Español, Parte General*, que “delito de lesión es aquel en que el tipo del injusto incorpora la destrucción de un bien jurídico”. Por nuestra parte estimamos que la mayoría de los delitos de lesión no exigen la destrucción, sino simplemente el menoscabo de un bien jurídico. Los ejemplos son tan obvios que no merecen cita expresa.

para realizar el tipo, que se origine una (abstracta o concreta) situación de peligro (7).

Según que la situación de peligro se produzca en la realidad, o que el legislador la defina de acuerdo con los datos de la experiencia, los delitos a que corresponda serán de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro. En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. En el primer caso el legislador parte de que una determinada situación puede ser peligrosa y conmina penalmente su realización en el supuesto de que lo sea. En el segundo caso el legislador parte de que una determinada situación comúnmente es peligrosa y conmina, sin más, con pena su realización (8). En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa. En los de peligro abstracto por la probabilidad de que lo sea.

En el Código penal argentino son delitos de peligro abstracto las conductas previstas en los artículos 98, párrafo 3.º, 106 (en su redacción anterior), 204, etc. En el español las reguladas en los artículos 340 bis a) 1.º, 341, 548, etc. Son de peligro concreto, en el Código argentino, el artículo 106, al exigir ahora que se ponga "en peligro la vida o la salud de otro", el 191 el 201, etc. En el español, los artículos 340 bis, a) 2.º, 340 bis b), 556, etc.

Algunos autores niegan la configuración técnica de los delitos de peligro abstracto alegando que el tipo del injusto no admite más que delitos de peligro concreto. El argumento es inconsistente, porque su singularidad deriva no de la inclusión del peligro entre los elementos del tipo, sino del significado de este, cuyo análisis es imprescindible para la comprensión del delito de que se trate (9). Las acciones u omisiones que se describen en la figura, concretadas a veces en un resultado, son típicamente adecuadas para crear una situación peligrosa. Con la consecuencia de que cuando en el caso a juzgar pueda en absoluto excluirse que se produjo la situación de peligro, ha de negarse —al menos en algunos supuestos— la punibilidad de la conducta (10). Resultado al que no pueden llegar lógicamente los que rechazan la configuración de esta clase de delitos en la realidad legislativa.

(7) WESSELS: *Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1970, pág. 3. WELZEL, ob. cit., pág. 63.

(8) FRANK: *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübinga, 1931 (18 ed.), pág. 129 (nota).

(9) MAYER, Max Ernst: *Das Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pág. 129 (nota).

(10) JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlín, 1969, pág. 179.

Diferenciado el delito de peligro abstracto del de peligro concreto es menester, para profundizar en el conocimiento del primero, ponerle en relación con las modalidades delictivas de simple actividad y de resultado. Ello permite aclarar no pocas de las dificultades con que hasta ahora ha tropezado la doctrina precisamente por no seguir este camino.

Los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado (11). Los primeros se consuman por el simple movimiento corporal del agente. Los segundos exigen la producción de un resultado externo, es decir, una modificación del mundo exterior, que, por describirse en el tipo, está jurídicamente delimitada.

En algunas ocasiones el simple movimiento corporal constituye un peligro de destrucción o menoscabo, esto es, un peligro de lesión, de un bien jurídico; en otras le confiere este carácter la concurrencia de un elemento de los que se denominan subjetivos del tipo. Lo mismo ocurre respecto de los delitos de peligro abstracto de resultado. Unas veces este resultado constituye por sí mismo un peligro de lesión de un bien jurídico, otras le confiere este carácter la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (12).

Ejemplo de delito de peligro abstracto de mera actividad es, en el Código penal español el artículo 340 bis a) 1.º, que incrimina el hecho de conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. El legislador estima que esta conducta es peligrosa y la conmina con pena. Ejemplo de mera actividad a la que convierte en peligrosa la finalidad que el sujeto pretende, es la conducta antes prevista en el artículo 6.º, párrafo 1.º, número 3 del derogado Decreto de 21 de septiembre de 1960.

Ejemplo de delito de peligro abstracto en el que el resultado de la acción convierte la conducta en peligrosa es el artículo 548 del Código penal español, que incrimina el incendio de un edificio, sabiendo que dentro se hallan una o más personas. Mientras que el provocar un incendio con el fin de atemorizar a los habitantes de una

(11) Mantienen opinión contraria a esta tesis tanto los autores que sostienen que todos los delitos de peligro abstracto son delitos formales, como aquellos que estiman que todos son delitos de resultado. En el primer sentido se manifiestan, v. gr., Rittler (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Allg. Teil, Viena, 1952, pág. 85), Malaniuk (*Lehrbuch des Strafrechts*, Viena, I, 1947, pág. 67; II, 1948, 1.ª parte, pág. 78), y, en general, los penalistas austriacos, aunque no falten opiniones divergentes. Nowakowski escribe, por ejemplo, de forma terminante, que "nicht jedes abstrakte Gefährdungsdelikt ist ein Formaldelikt" (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Viena-Colonia, 1955, pág. 52). La tesis contraria de que todos los delitos de peligro abstracto son delitos de resultado la defiende con particular énfasis Blasco Fernández de Moreda (*Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra*, en "La Ley", 6 de noviembre de 1968, pág. 3).

(12) En sentido no dispar Schmidhäuser alude a que a algunas figuras delictivas les basta una tendencia objetiva o subjetiva a la realización del contenido desvalorativo (*Der Unrechtsstatbestand*, en "Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag", Frankfurt/Main, 1969, pág. 448).

población —previsto antes en el artículo 3.º, párrafo 1.º, número 2 del Decreto citado— lo es del segundo supuesto.

Es menester explicar qué se concibe por resultado. Max Ernst Mayer aludió, no sin fundamento, a la relatividad del concepto de resultado (13) y a que su delimitación depende del punto de vista del que juzga. La generalidad de los autores suelen, no obstante, coincidir en la aceptación o de un concepto amplio, que incluye en el resultado tanto la “conducta corporal del agente”, como el “resultado externo” causado por dicha conducta (14), o de un concepto estricto, que excluye de él la conducta corporal del agente (15). Parece preferible aceptar el último, tanto porque se acomoda mejor al lenguaje vulgar —según el Diccionario de la Academia, resultado es el efecto o consecuencia de un hecho—, como porque evita la duplicación del concepto de resultado que se produce de acoger el primero (16).

El resultado de un delito, en este sentido, consiste en la modificación del mundo exterior, la cual, en los delitos de peligro abstracto, lesiona un bien jurídico y pone coetáneamente en peligro ese mismo bien jurídico u otro diverso. El delito de peligro abstracto de resultado lesiona, pues, un bien jurídico (lesión que no constituye el primordial objeto de tutela de la figura de que se trata) y pone al mismo tiempo en peligro ese u otro bien jurídico (17). Algunos autores opinan por ello que los límites entre delitos de lesión y de peligro no son firmes, como a veces se pretende, sino fluctuantes (18); mientras otros prefieren distinguir entre delitos de lesión o de peligro y tipos de lesión o de peligro (19). Así, el incendio de un edificio, sabiendo que dentro se hallan una o más personas se estructura en el artículo 548 del Código español como un delito de lesión del edificio incendiado y de peligro para la vida o la integridad corporal de una o varias personas o, de acuerdo con la segunda concepción —que parece preferible—, sobre la base de un tipo de lesión y de un delito de peligro.

De lo expuesto se deduce que la distinción entre delitos de lesión y de peligro no se apoya, como en ocasiones se sostiene, en la concurrencia de un dolo de lesión o de peligro, sino que se basa tan

(13) MAYER, Max Ernst, ob. cit., págs. 102, 110, 117 y 120.

(14) MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, I, 1955 (trad. castellana de RODRÍGUEZ MUÑOZ), pág. 172.

(15) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Nota* a su traducción del Tratado de Mezger, citado en la nota anterior, I, pág. 173.

(16) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, P. G., Madrid, 1949, pág. 162.

(17) Beristain (art. cit., pág. 20) denomina por esta causa a los delitos abstractos de resultado delitos de lesión-peligro. El significado del “doble resultado” en los delitos con un elemento subjetivo del tipo ha sido estudiado de forma penetrante por Finzi, a quien remitimos (*Il cosiddetto “dolo specifico” in Italia*, en “Studi in Memoria di Arturo Rocco”, Milán, 1952, I, págs. 387 y 388 especialmente).

(18) MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1965, pág. 201.

(19) NOWAKOWSKI, ob y pág. citadas.

sólo en la lesión o en el peligro de lesión de un bien jurídico determinado.

Parece llegado el momento de determinar qué se entiende por peligro (20). Algún autor estima que el problema no surge respecto de los delitos de peligro abstracto, ya que por tratarse de un peligro que el legislador presume (21), no resulta necesaria su delimitación. Se sostiene, por el contrario, con más vigor cada día que es precisamente en relación a estos delitos donde el problema adquiere su mayor trascendencia: a) porque en este tipo de delitos es preciso extraer de la norma el concepto de peligro a ella confiado; b) porque de *jure condendo* (22) e incluso de *lege data* (23), se considera necesario comprobar si la conducta (por sí o a través del objeto sobre el que recae) era idónea para ocasionar el peligro que la ley pretende evitar, ya que si no lo fuese su castigo violaría el principio de legalidad.

La importancia de la cuestión exige que nos ocupemos de élla con cierta amplitud. Antes de pasar a hacerlo 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 (24).

Respecto a la denominación de los delitos, cuyo análisis nos ocupa, se rechaza hoy, principalmente por la doctrina italiana que fue antes su mayor apologista, la de delito de peligro presunto (25). Se estima, por una parte, que las presunciones son incompatibles con los principios que informan el Derecho penal contemporáneo (26).

(20) En el Derecho penal el peligro juega un papel que excede al propio de los delitos de peligro. A la ejemplificación de Maurach (*Deutsches Strafrecht, Allg. Karlsruhe*, 1971, pág. 237) se puede añadir el que tiene en la caracterización de la peligrosidad (BARBERO SANTOS: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, págs. 26 y ss.).

(21) CÓRDOBA: *Rapport al X Congreso Internacional de Derecho Penal*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 359.

(22) Delicta se inclina, en consecuencia, por aconsejar al legislador que prefiera los delitos de peligro concreto. Véase el *Comte rendu* citado en nota 5, pág. 306.

(23) De esta opinión es, v. gr., Santamaría. Véase *Compte rendu* citado en nota 5, pág. 315.

(24) Véase por todos, RANIERI: *Manuale di diritto penale*, P. Gen., Padua, I, 1968 (4.ª ed.), pág. 248. No debe olvidarse, empero, que muchas acciones peligrosas carecen de trascendencia penal en virtud de lo que la doctrina alemana denomina el "riesgo permitido" (KIENAPFEL: *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt/Mein, 1966, passim).

(25) En nuestra doctrina defiende todavía esta superada denominación Rodríguez Mourullo (*La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pág. 170), que reproduce, para fundamentarla, la conocida argumentación de Antolisei al respecto.

(26) CENTRO NACIONAL DE PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE: *Les délits de mise en danger*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 207. Según Santamaría (loc. cit., pág. 315) "mentre il pericolo astratto non esclude la legalità, anzi la presuppone in quanto ch'è il pericolo astratto non è altro che

Por otra, que carecen de base las críticas que se hacen a los delitos de peligro abstracto precisamente por la abstracción que implican, ya que la abstracción no es ajena a los mismos delitos de peligro concreto. Lo muestra paladinamente RODRÍGUEZ DEVESA, uno de los más tenaces negadores de los delitos de peligro abstracto, cuando expone en qué consiste para él el peligro concreto: “La naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración *ex ante*, porque el peligro consiste en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto con aquello *quod plerunque accidit*. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula *ex post*. El peligro pasado ya no es peligro, pues presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca “pudo” pasar otra cosa que lo efectivamente sucedido (27). Luego para determinar el peligro concreto los impugnadores de la viabilidad del peligro abstracto hacen abstracción también de lo realmente sucedido. Ello se debe, sin duda, al hecho de que, como agudamente observó MANZINI, “el peligro es siempre una abstracción” (28).

3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Preocupa a la dogmática moderna la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad. La incongruencia puede producirse, no cabe duda, si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de éste. Si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse ciertamente de conducta peligrosa. Nos hallaremos en este caso, escribe SANTAMARÍA, frente a un sujeto peligroso, por haber infringido un mero deber de obediencia al Estado, pero al que no puede considerarse autor de una infracción de puesta en peligro. Ahora bien, la peligrosidad se combate con medidas de seguridad, mientras las penas suponen la culpabilidad, pero ¿cómo es posible hablar de culpabilidad en relación

una definizione legale del pericolo affidata appunto alla norma, nel pericolo presunto, viceversa, noi avremmo un dispensare il giudice dall'indagine in concreto sull'effettivo verificarsi del pericolo e quindi non avremmo nè un pericolo astratto, nè un pericolo concreto, ma semplicemente una presunzione di pericolo in contrasto con i principi che governano il diritto penale contemporaneo”.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. Gen., Madrid, 1971, pág. 347.

(28) Y añadía: Il pericolo non è mai qualche cosa di concreto, perché non è una realtà, bensì un giudizio logico, una mera previsione, fondata, è vero, sulla realtà, ma nella quale la realtà stessa è valutata nella sua potenzialità (*Trattato di diritto penale italiano*, Turín, I, 1950, pág. 595).

a un peligro inexistente- y ¿cómo se puede imponer pena a un sujeto que no puede ser culpable? (29).

Solamente una concepción meramente formal del delito, que pudiese como fundamento de la ley penal la infracción de un puro deber de obediencia a las normas del Estado, salvaría sin dificultad esta grave contradicción. Mas esta tesis, que tuvo gran auge hace unos decenios, puede considerarse por fortuna de nuevo superada (30), ya que se opone a las exigencias de un derecho penal liberal (31). A esta tesis que tuvo en BELING uno de sus más apasionados defensores, dedicó HIPPEL una dura pero justa frase: constituiría un disparate por parte del legislador el castigar una "pura" desobediencia que no produce: en absoluto un peligro para un determinado bien jurídico (32).

De *iure condenado*, en el supuesto de que se estime necesario mantener la punición en el estudio de la simple puesta en peligro, debe elegirse la vía de los delitos de peligro concreto. Es ímamos que carece de base el reparo que NOVOA MONREAL hace a los delitos de peligro concreto de que al dejar a la apreciación del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro hacen intervenir en la concreción del tipo un elemento personal y, en cuanto tal, indeterminado, imprevisible y aleatorio con quebranto de las garantías penales (33), ya que con este argumento habría de llegarse a la abolición de la propia función judicial, a cuyo procedimiento de subsunción del caso enjuiciado en la descripción legal (34) es inherente un idéntico factor personal. La objeción tendría fundamento si en este tipo de delitos el peligro concreto se estructurase de forma general o

(29) Cfr. SANTAMARÍA, loc. cit., pág. 315-316. Es, por otra parte, discutible que por la simple violación de un mero deber de obediencia al Estado haya de considerarse automáticamente a un sujeto como peligroso.

(30) En la doctrina española sigue defendiéndola con calor Rodríguez Devesa, quien escribe: "La ley penal pretende la protección de bienes jurídicos. Pero su manera de operar consiste en la imposición de deberes. No todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley (*Derecho penal español*, P. Gen., cit., pág. 261). Con independencia de que Rodríguez Devesa no utiliza la teoría del deber jurídico en la elaboración dogmática de las figuras de la parte especial, no es menos cierto que la tesis que arroja por la puerta la acoge por la ventana. Y así, cuando precisamente acude en busca de un ejemplo que contradiga el "tópico" (la expresión es suya) de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico —el artículo 340 bis c), que incrimina el conducir por una vía pública un vehículo de motor, sin haber obtenido el correspondiente permiso— confiesa que la "omisión del *deber* de llevar permiso cuando se conduce es lo que aquí se castiga, por más que, ciertamente, ese deber se imponga para *evitar quod plerumque accidit*, esto es, el *peligro* (el subrayado es nuestro) que puede crear en el tráfico la presencia de un conductor inexperto (ob. y pág. citadas, nota).

(31) En el sentido de que no respetaría las garantías individuales (BUSTOS-POLITOFF: *Les délits de mise en danger*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 339).

(32) HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, pág. 101.

(33) NOVOA MONREAL, loc. cit., pág. 332.

(34) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit., pág. 184.

indeterminada análoga a la prevista por el Código penal austriaco de 1852, en el artículo 335 (castigaba todo peligro para la vida, la salud o la incolumidad corporal) (35). Pero deja de tener base su crítica en la medida en que se determine de forma precisa, como hoy es usual, no sólo el objeto sobre el que recae la acción sino también la modalidad de la conducta, los medios de ataque, etc.

La legislación argentina al convertir, por la Ley 17.567, algunos delitos de peligro abstracto previsto en el Código penal en delitos de peligro concreto o al crear otros nuevos, v. gr., los regulados en los artículos 190, 190 bis, 191, etc., ha seguido este camino. La misma ley, sin embargo, ha introducido también algún delito nuevo de peligro abstracto, v. gr., en el artículo 189 bis.

Otra posible vía de *lege ferenda* —en el supuesto de que las legislaciones no renuncien a los delitos de peligro abstracto— podría consistir en la previsión de la prueba de la inexistencia del peligro. Por la admisibilidad de esta prueba abogan, incluso de *lege data* y con independencia de la ausencia de previsión legal, no pocos autores. Con carácter generalizado la defiende BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, con el argumento de que una presunción legal “*iuris et de iure*” se opone en sede penal a los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico merecedor de tal calificación (36). Pero suelen hacerse más matizaciones. SCHROEDER, que ha dedicado al tema páginas muy sutiles, sostiene, por ejemplo, que debe admitirse siempre la prueba de la falta de peligro si la figura tiene un determinado objeto concreto de protección que permita determinar con seguridad si fue realmente puesto en peligro. Pero estima, por el contrario, que habrá que doblegarse 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 hecho (37). La determinación de los límites a conceder a la admisibilidad de la prueba del peligro constituye uno de los problemas más arduos que la doctrina tiene planteados respecto de los delitos que analizamos.

4. PROBLEMATICA DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

a) Con los delitos de peligro abstracto, en relación con la culpabilidad, es posible hacer dos grandes grupos. El primero reuniría

(35) Binding calificó a la figura de aberración jurídico-penal (*Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, IV, 1919, pág. 387).

(36) BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, loc. cit., pág. 3.

(37) SCHROEDER, loc. cit., pág. 17. Véase también: BAUMANN: *Strafrecht*, Allg. Teil, Bielefeld, 1966, pág. 118. SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, Allg. Teil, Tubinga, 1970, pág. 180. Respecto a la problemática de la prueba del carácter inocuo de la conducta en los delitos de peligro que se denominan de sospecha, remitimos a HENKEL: *Die “Presumptio Doli” im Strafrecht*, en “Festschrift für E. Schmidt zum 70. Geburtstag”, Gotinga, 1961, pág. 593.

los delitos que incluyen un elemento subjetivo del tipo. El segundo a los restantes. No cabe en absoluto en la primera clase de delitos la comisión culposa, puesto que la figura exige que el sujeto realice la conducta con una finalidad determinada. Y finalidad y culpa son conceptos que se excluyen, ya que si en el delito culposo el resultado fuera querido no se estaría ya en la esfera de la culpa, sino en la del dolo. A los delitos culposos les caracteriza precisamente, entre otras notas, desde un punto de vista negativo, la no volición del resultado, y desde el positivo, la mera previsibilidad de éste.

Al anticipar formalmente el legislador la consumación, en los delitos con un elemento subjetivo del tipo (38), al momento en que se realizan determinados actos preparatorios respecto a la finalidad pretendida, se transforma el que en otro caso constituiría un delito de lesión o daño, respecto a esa finalidad, en un delito de peligro abstracto, aunque el tipo pueda ser de lesión respecto a un bien jurídico que —como más arriba expusimos— no es el primordialmente tutelado en la figura de que se trate.

Los restantes delitos de peligro abstracto pueden cometerse dolosa o culposamente. A pesar de que no faltan autores que siguen hablando todavía de dolo de peligro —en el sentido de una especie de *dolus*— esta concepción puede considerarse actualmente superada. El dolo de los delitos dolosos de peligro es idéntico al de los delitos dolosos de lesión. Se debe, pues, evitar emplear las expresiones “dolo de lesión” y “dolo de peligro”, sin explicar al menos en qué consisten y no sólo, como enseñó HIPPEL a principios de siglo, por que estos términos puedan originar el error de que se trata de dos modalidades diversas de dolo (39), sino porque podrían también producir el de confundir dolo de lesión con delito de lesión y dolo de peligro con delito de peligro lo que no siempre se acomoda a la realidad. Así, en el delito de peligro previsto en el artículo 548 del Código español que castiga el incendio de un edificio, alquería, etcétera, sabiendo que dentro se hallan una o más personas concurre un dolo de lesión, respecto a la combustión del edificio, alquería, etcétera, y un dolo de peligro respecto a las personas que en su interior se encontraban.

Los delitos de peligro abstracto que no incluyen un elemento subjetivo del tipo pueden cometerse por imprudencia. La legislación alemana, por ejemplo, prevé en bastante casos esta modalidad de co-

(38) Al menos en la modalidad denominada de tendencia interna trascendente (SIEVERTS: *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrechts*, Hamburgo, 1934, pág. 146 y ss.).

(39) HIPPEL: *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, en “Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts”, Berlín, 1908, III, pág. 528. Y añadía: Verletzungsvorsatz ist der auf eine Verletzung, Gefährdungsvorsatz der auf eine Gefährdung gerichtete “Vorsatz”. In beiden Fällen also ist der Vorsatzbegriff der gleiche. Del mismo: *Deutsches Strafrecht*, 1930, II, cit., pág. 326. MEYER, Hugo-ALLFELD, Philipp: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912, pág. 153.

misión. JESCHECK cita como muestras de delitos de peligro abstracto culposos el parágrafo 163, el 316, 2.º y diversos preceptos de la Ley sobre difusión de escritos peligrosos para la juventud (40).

La posibilidad con carácter general de comisión culposa de los delitos de peligro la afirma terminantemente JIMÉNEZ DE ASÚA con estas palabras: La culpa es posible de los delitos de peligro, aunque ROCCO no lo crea. Y añade con referencia a las legislaciones españolas y argentina: a nuestro juicio no cabe duda alguna de que la amplísima fórmula de imprudencia que se contiene en el Código penal español (art. 558 del de 1932 y 565 del de 1963), no sólo permite, sino que reclama, que los delitos de peligro en que no media la "malicia", sean inculpanables como imprudencias, es decir, como delitos por culpa.

Tampoco cabe duda alguna —y seguimos citando a JIMÉNEZ DE ASÚA— en cuanto al Código penal argentino, puesto que específicamente se configuran las formas por *imprudencia, negligencia e impericia* de los delitos de peligro común de incendios y otros estragos (art. 189), de causar un descarrilamiento, naufragio u otro accidente, de envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas, así como de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (art. 203) (41).

Dados los términos del artículo 565 del Código español que regula las dos modalidades más importantes de culpa: *imprudencia temeraria* e *imprudencia simple* con infracción de reglamentos, no parece que existan obstáculos para su aplicación a los delitos de peligro; la jurisprudencia, sin embargo, al exigir generalmente para aplicar el artículo 565, que se haya producido un "daño material" dificulta en ocasiones esta interpretación (42). Mayores obstáculos puede plantear teóricamente la aplicación de los artículos 586, 3.º y 600, que prevén modalidades de simple imprudencia sin infracción de reglamentos, al exigir que se produzca un mal, expresión que suele interpretarse en el sentido de resultado lesivo.

Numerosos supuestos de delitos de peligro abstracto se cometen en la realidad de forma culposa. Estimo, v. gr., que la conducta prevista por diversos códigos penales sudamericanos (art. 260 del de Honduras; 330 del chileno; 191 del salvadoreño, etc.) consistente en embriagarse el maquinista, conductor o guardafrenos, durante su servicio, se produce la casi totalidad de las veces de manera culposa. Y lo mismo puede afirmarse de la constitutiva del número 1.º del artículo 340 bis a) del Código español, que tiene este tenor: "el que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alco-

(40) JESCHECK: *Lehrbuch*, 1969, cit., pág. 386.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1965, III (3.ª ed.), pág. 477.

(42) De esta doctrina tradicional se ha separado, sin embargo, en ocasiones la Sala Segunda. Véase, TORIO: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, pág. 65.

hólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (43). Los ejemplos podrían multiplicarse ¿cómo castigar estas conductas?

Acabamos de ver las dificultades que plantea su punición en las legislaciones que, como la española, siguen el sistema de acoger una fórmula general de culpabilidad culposa. En las que prefieren la previsión individualizada de las conductas culposas que se estiman merecedoras de castigo, como ocurre en Argentina, sólo podrían castigarse, naturalmente, las conductas culposas incriminadas de forma específica. Más ¿qué hacer en el supuesto que se cometa culposamente una conducta que el legislador sólo ha previsto en la modalidad dolosa? Caben dos caminos: dejarla impune (lo que parece corresponder al pensamiento legal) o presumir que se realizó dolosamente. La situación es aún más insatisfactoria si, estimando que se trata de un delito preterintencional, se acude a la *praesumpti doli* antes figuras de peligro abstracto que incluyen la condición de mayor punibilidad de haberse producido el resultado que se pretendía evitar anticipando la punición (44). Pero esto merece un análisis más circunstanciado.

b) Autores argentinos y españoles incluyen dentro de los delitos preterintencionales, una serie de conductas que no son tales, sino de peligro abstracto o concreto con la condición de mayor punibilidad de haberse producido el resultado que el legislador pretendía evitar anticipando la punición. ANTÓN estima, por ejemplo, preterintencional —con el carácter de delito cualificado por el resultado— el delito contra la salud pública con resultado de muerte previsto en el artículo 348 del Código penal español, o el abandono de niños con resultado de muerte o peligro para la vida (del art. 488) (45), y NÚÑEZ, el abandono de personas seguido de muerte (art. 106 del Código penal argentino) el incendio que sea causa inmediata de la muerte de una persona (art. 186, núm. 5), la expendición de sustancias medicinales con resultado de muerte (art. 204 últ. párr.) (46), todos, por supuesto, en su redacción anterior a la reforma del 1.º de abril de 1968.

(43) El parágrafo 330 a) del Código penal alemán equipara en la punición la embriaguez plena dolosa y culposa si en ese estado se comete un hecho delictivo. Se trata “nach der heute überwiegenden Auffassung” —según asegura Hardwig— de un delito de peligro abstracto y general, pero de naturaleza peculiar, puesto que sólo se castiga si se realiza una “lesión” (*Studien zum Vollrauschtatbestand*, en “Festschrift für E. Schmidt z. 70 Geburtstag”, Gotinga, 1961, pág. 473).

(44) Cuando el delito-base es culposo, como enseñó Jiménez de Asúa, no puede hablarse de preterintención (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, VI, pág. 156). En el mismo sentido, COBO: “*Praeter intentionem*” y *principio de culpabilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, pág. 87.

(45) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit., pág. 230.

(46) NÚÑEZ, Ricardo: *La culpabilidad en el Código penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 19.

(47) De forma análoga se expresó Jiménez de Asúa, respecto del artículo 106 del Código penal argentino, en el *Prólogo* a la obra de Baigún “Los delitos de peligro y la prueba del dolo”, Buenos Aires, 1967, pág. 10.

No parece correcto, empero, en los caso citados u otros similares, sea en relación a la legislación argentina, sea a la española, acudir a la fórmula de la preterintencionalidad (47).

El Código penal español acoge una fórmula general de preterintencionalidad, con el carácter de circunstancia atenuante, en el artículo 9.º. Este es su tenor literal: "no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". No cabe duda, sin embargo, de que la atenuante no es de apreciar en los supuestos que analizamos (48), en los que el legislador ha pretendido precisamente un efecto opuesto, es decir, agravatorio.

En el Código argentino de 1921 no existe, como es sabido, una fórmula general de preterintencionalidad y los tratadistas se ocupan de la preterintención en relación a una serie de figuras concretas. Algunas de ellas, sin embargo, no son otras cosas que agravaciones de delitos de peligro abstracto o concreto, v. gr., el artículo 106, párrafo último, en su redacción anterior. La colocación del precepto dentro del título de los delitos contra las personas mostraba que el bien jurídico tutelado era la vida o la salud de las personas. Ahora bien, el legislador, en la figura básica del párrafo 1.º, no exigía que se le lesionase la vida o la salud, anticipando la punición al simple hecho del riesgo o peligro (49) de que esto ocurriera. Se trataba de un delito de peligro abstracto ya que el abandono de un menor de diez años o de una persona incapaz por enfermedad puede producir su enfermedad o muerte, es decir, pone en peligro su salud o vida. El grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz, o su muerte, funcionaba como condición de mayor punibilidad. Lo mismo puede aplicarse a las figuras anteriormente reguladas en los artículos 186, número 5 y 204, párrafo último (50).

En la legislación argentina ocurre: 1) que no existe una fórmula general de culpabilidad culposa por lo que el Código ha de utilizar el procedimiento de prever individualizadamente los delitos punibles por este título; 2) que la punición culposa exige que se haya producido un resultado delictivo, en el sentido de "un efecto real y no una simple situación de peligro de un efecto real" (51).

Esto quiere decir que —salvo en los escasos supuestos en que se ha hecho previsión expresa— los delitos de peligro abstracto no pueden cometerse culposamente, aunque en el caso real pueda llegar a probarse que se han cometido por culpa o imprudencia. Sucede, además, que muchas de estas figuras prevén penas más graves en el caso de que se produzcan muerte o lesiones, estimando la mayor parte de la doctrina que se trata de delitos preterintencionales, es de-

(48) Sobre los estrechos límites en que opera en nuestro Derecho positivo la atenuante de preterintencionalidad, véase RODRÍGUEZ MOURULLO: *La atenuante de preterintencionalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, página 556.

(49) SOLER: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1953, III, págs. 15, 207 y ss.

(50) Cfr. FONTÁN BALESTRA-S. MILLÁN: *Las reformas del Código penal. Ley 17.567*, Buenos Aires, 1968, pág. 264.

(51) NÚÑEZ, Ricardo: *La culpabilidad*, cit., pág. 143.

cir, de infracciones en las que el exceso es culposo o fortuito pero en las que la conducta básica ha de ser dolosa. La contradicción no es aparente, sino efectiva, ¿cómo salvarla?

A la jurisprudencia probablemente no le quedaba nada más que un camino, recriminable por supuesto, pero el único: presumir el dolo a pesar de la evidencia de la culpa. BAIGÚN, que tan agudas páginas ha escrito contra la *praesumptio dolien* los delitos de peligro abstracto en la praxis de los tribunales argentino, no ha aludido, sin embargo, a que quizá ésta fuera la única salida que la legislación y la doctrina científica argentina dejaba a la jurisprudencia (52). La legislación, por no haber previsto específicamente la comisión culposa de ciertos delitos de peligro abstracto. La doctrina, por acudir a la fórmula de la preterintención cuando acaso —y me arriesgo con sumo temor y con las mayores reservas a apuntar una solución— hubiese sido más aconsejable estimar, en el supuesto de que al delito de peligro cometido culposamente, se hubiese añadido la producción de la condición de mayor punibilidad constituida por el resultado que se quería evitar, que el delito que se produjo fue únicamente el de ese resultado con el carácter de culposo. Es decir, que la comisión culposa del delito de peligro convirtiese en culposo el resultado, que constituiría, por otra parte, el único delito que se podría apreciar. La jurisprudencia española ha seguido a veces este camino (53).

(52) BAIGÚN: *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, 1967, passim.

(53) La Sentencia de 31 de enero de 1969 (Aranzadi, ref. 399) establece, v. gr., "que el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, previsto en el artículo 5.º de la Ley especial repetidamente citada (la de 24 de diciembre de 1962), se consuma ciertamente por el simple hecho de la conducción en las condiciones aludidas, mas si se produce un accidente, con resultado lesivo o dañoso, y se considera la embriaguez como uno de los elementos integrantes del delito culposo, no corresponde desglosarlos, ya que de otro modo se vulneraría el principio "non bis in idem", según tiene declarado esta Sala, por lo que, si cual ya queda declarado, la embriaguez en que se haya sumido el inculpado es uno de los factores, y ciertamente preponderante, más aún, el que dio lugar a la restante serie de irreflexivas y peligrosas acciones y omisiones del conductor hasta el acaecimiento de la final catástrofe, integradores del *culposo delito de resultado objeto de condena*, exacto es que solamente pudo pensarse este último delito, consecuencia lógica del juego del concurso de normas que el tema en discusión plantea, y de la certera doctrina según la cual siendo la conducta fundamental única, la solución ha de conducir siempre a excluir la doble punición, y ello igualmente en los supuestos en que la embriaguez sea calificable como mínimo como una concausa en la imprudencia, no es escindible de las demás, relevante tan sólo para determinar la gravedad de la culpa y la pena a imponer, criterios los expuestos claramente aceptados (antes), con más claridad consagrados en la redacción actual del artículo 340 bis a) del Código Penal, expresivo de que en los que titula delitos contra la seguridad del tráfico —conducir en estado de embriaguez entre otros— si resulta además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada".

Por otra parte, como ha advertido Cerezo, la Jurisprudencia española, en relación a ciertos delitos de tráfico, ha renunciado al requisito de la licitud inicial del acto y estimados culposos asimismo los resultados derivados de actos iniciales dolosos (*El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, pág. 290).