

Sistemática y límites de los delitos de peligro

Hans Joachim HIRSCH*

I

Normas penales que tienen como objeto “delitos de peligro” aparecen con más frecuencia también en ámbitos fuera del derecho penal económico y del derecho penal del medio ambiente. El derecho penal del tránsito vial está caracterizado totalmente por los “delitos de peligro”. Ya en el año 1967 *Lackner* expresó que dichos delitos se habían extendido como “manchas de petróleo”.¹ De una simple lectura del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* — StGB) surge claramente el aumento fuerte de tales delitos. Un desarrollo parecido se puede observar en el extranjero. No es casualidad que al principio (artículo 1º) del llamado *corpus iuris* de la Unión Europea (UE), el cual fue redactado por penalistas de los Estados miembros para proteger intereses económicos de la UE, se encuentra un tipo penal de peligro: el “fraude de subvenciones”.

La expansión de tales delitos no es reciente, sino que comenzó durante la Primera Guerra Mundial. En la última parte de muchas leyes fuera del Código Penal alemán se encuentran normas penales que en su mayoría deben ser calificadas como delitos de peligro. En el momento de la introducción de la categoría de las infracciones, dichos delitos de peligro fueron eliminados solamente en parte del derecho penal criminal. Dado que

* Publicado en idioma alemán en el escrito homenaje para Klaus Tiedemann (2008). Agradezco al Prof. Dr. Edgardo Donna, Universidad de Buenos Aires, y al abogado Dirk Styma por la traducción al español.

¹ V. gr., *Lackner*, *El delito de puesta en peligro concreto en el tránsito (Das konkrete Gefährdungsdelikt im Strassenverkehr)*, 1967, p. 1.

el llamado derecho penal subsidiario o especial nunca tenía mucha importancia para la ciencia del derecho penal, los delitos calificados como tipos penales de peligro solamente tenían una importancia periférica. También hoy en día la dogmática del derecho penal trabaja sobre el delito de resultado y, a pesar de su importancia, no tiene mucho interés por los delitos de peligro. Además dicho interés se concentra científicamente en cuestiones generales del concepto de peligro —aquí podemos remitir a las fuentes—² y en la cuestión de la compatibilidad de tales delitos con los requisitos del derecho penal criminal. Cabe aclarar que la sistemática y la diferenciación de los delitos tradicionalmente resumidos bajo el término “delitos de puesta en peligro” no fueron analizadas de forma suficiente. Es cierto que en la actualidad se habla de delitos de idoneidad (*Eignungsdelikte*), delitos de peligrosidad (*Gefährlichkeitsdelikte*) y delitos de puesta en peligro potencial (*potentielle Gefährdungsdelikte*),³ pero en los códigos comentados y los manuales dicha cuestión es tratada solamente de manera superficial y sin realizar una clasificación dentro del contexto global. Ello es lamentable porque lleva al resultado de que la problemática del límite del derecho penal criminal está analizada también sobre un fundamento poco preciso.⁴

² Ver las citas en Roxin, *Parte general I (Allgemeiner Teil I)*, 4a. ed., 2006, §11, antes de nota 146. Según la jurisprudencia permanente un peligro es un estado excepcional y antirreglamentario, para el cual, según una sentencia experta sobre las circunstancias, se puede suponer que la realización de un daño es muy posible, es decir que la posibilidad del daño es de suponer. V. gr., RGSt 30, 178, 179; BGHSt 8, 28, 32 s.; 18, 271, 272 s.

³ V. gr., Hoyer, *Los delitos de idoneidad (Die Eignungsdelikte)*, 1987; Hirsch, escrito homenaje para Arthur Kaufmann, 1993, pp. 545, 557 y ss.; Hirsch, escrito homenaje para Buchala, Cracovia, 1994, p. 151 (= Hirsch, *Problemas del derecho penal [Strafrechtliche Probleme]*, 1999, pp. 623 y ss.); Zieschang, *Los delitos de puesta en peligro (Die Gefährdungsdelikte)*, 1998.

⁴ Acerca del tema y su análisis en ediciones nuevas del Código Penal comentado y manuales, ver por ejemplo: Baumann/Weber/Mitsch, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 11a. ed., 2003, § 8, nota 43; Jescheck/Weigend, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 5a. ed., 1996, p. 264; Lackner/Kühl, 26a. ed., 2007, antes de § 13, nota 32; Roxin, nota 2, § 11, nota 153 con comentario 338 y notas 162 y ss.; Schönke/Schröder — Lenckner/Eisele, 27a. ed., 2006, antes de § 13 y ss., nota 129; Tröndle/Fischer, 54a. ed., 2007, antes de § 13, nota 13 a; Wessels/Beulke, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 36a. ed., 2006, notas 27 y ss. También Schönke/Schröder — Heine, 27a. ed., 2006, antes de §§ 306 y ss., notas 3 y ss., se ocupa poco del análisis dogmático de tales delitos en sus cometarios extensos sobre el “delito de puesta en peligro abstracto”.

II

El hecho de que la doctrina mayoritaria utilice sin la menor duda el término genérico “delitos de puesta en peligro” y que lo divida en los conceptos “delitos de puesta en peligro concreto y abstracto” significa que trabaja con términos imprecisos que ocultan diferentes situaciones reales, con lo cual se dificulta la solución de la problemática existente.

1. Durante mucho tiempo se pensaba que se trata de lo siguiente: mientras que con los “delitos de puesta en peligro abstracto” se prohíben comportamientos establecidos por el mismo legislador, que según la experiencia general representan un peligro, en los “delitos de puesta en peligro concreto” la creación del peligro es un elemento del tipo penal que debe ser constada por el juez en el caso concreto.⁵ Este punto de vista, el cual se orienta a la división del trabajo entre legislador y juez, fue modificado respecto a la puesta concreta en peligro a raíz de los trabajos de *Welzel* y *Gallas* y se reconoció que se trata de la creación de una situación concreta de peligro para un objeto determinado, con lo cual el delito concreto de puesta en peligro consiste en la creación de dicha situación.⁶ Lo esencial es si un objeto concreto ha sido puesto en una situación en la cual es de suponer que existe la posibilidad de una lesión. Por consecuencia el bien jurídico debe encontrarse en el ámbito influenciado por un peligro,

Zaczyk, ZStW 113 (2001), 192, tiene otra opinión sobre la necesidad de aclarar las bases sistemáticas. Critica en su trabajo sobre la monografía de Zieschang (nota al pie 13) que el autor en un primer paso analiza las estructuras de las diferentes situaciones de peligro y su aparición en la legislación penal, mientras que recién en un segundo capítulo analiza la cuestión de la compatibilidad de los tipos penales con los requisitos básicos del derecho penal criminal (p. 192). Aparentemente tal metodología científica exacta, que antes de evaluar aclara el objeto de la investigación y la cual no tiene ninguna relación con el positivismo, ya no es un estándar científico.

⁵ Así todavía Horst Schröder, ZStW 81 (1969), 7, 10, 14.

⁶ *Welzel, Culpa y delitos de tránsito (Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte)*, 1961, pp. 22 y ss.; el mismo *Derecho penal (Strafrecht)*, 11a. ed., 1969, pp. 47 y 137; *Gallas, Escrito homenaje para Heimütz*, 1972, pp. 171, 173 y ss. En la actualidad *Jakobs, Parte general (Allgemeiner Teil)*, 2a. ed., 1991, 6º párrafo, nota 78 s. y 86; *Jescheck/Weigend* (nota al pie 4), p. 264; *Lackner/Kühl* (nota al pie 4), antes de § 13, nota 32; *Roxin* (nota al pie 2), § 11, notas 147 y ss., *Schönke/Schröder — Lenckner/Eisele* (nota al pie 4), antes de § 13, nota 129; *Schönke/Schröder — Heine* (nota al pie 4), antes de §§ 306 y ss., nota 3; *Systematischer Kommentar — Wolters/Horn*, 65a. ed., 2006, antes de § 306, nota 4; *Tröndle/Fischer* (nota al pie 4), antes de § 13, nota 13 a; algo difuso *Wessels/Beulke* (nota al pie 4), nota 28.

por ejemplo, la vida de una persona determinada debe ser amenazada de forma concreta. Un ejemplo en el cual la ley hace hincapié a tal amenaza son los §§ 315 y siguientes del Código Penal alemán, en los cuales se requiere que el autor ponga en peligro la vida o el cuerpo de otra persona o cosas de valor importante a través de una acción contraria a las reglas del tránsito vial. Se argumenta que la creación de la situación de peligro representa un resultado, de la misma manera que la lesión en el delito de resultado, con lo cual el delito de puesta en peligro concreto es un delito de resultado, y que se trata, de una manera que no difiere del delito de resultado, del hecho de haber provocado un resultado causal. A pesar de que la constatación del peligro es un pronóstico, la misma hace referencia a una situación real que fue causada por el autor. Cualquier persona que se encontró en una situación de peligro tiene conciencia de su realidad.⁷

El objeto puesto en peligro debe ser un bien jurídico protegido. La puesta en peligro de otro objeto no es suficiente,⁸ dado que el delito de puesta en peligro concreto se refiere al mismo bien jurídico que el delito de resultado, es decir, a un determinado bien jurídico protegido.

Dado que el delito de puesta en peligro concreto es caracterizado por el requisito de un peligro como *resultado* y en la forma de un peligro concreto, en el cual está puesto el bien jurídico, un mero actuar riesgoso no es suficiente, mientras que dicho actuar no ponga un bien determinado realmente en una situación de peligro. Con ello queda claro que la situación de peligro debe ser evaluada desde el punto de vista del objeto amenazado y no desde el punto de vista del autor. Existe una situación de peligro cuando una evaluación objetiva de un experto lleva al resultado de que en el momento en el cual el objeto entra al ámbito del acontecimiento causal es de suponer que existe la posibilidad de la lesión de un determinado objeto. La evaluación del riesgo, la cual surge de la perspectiva de la situación desde el punto de vista del autor, no tiene importancia. En cuanto a la puesta en peligro se trata, de la misma manera que con la lesión, siempre de algo concreto. Una situación de peligro abstracto, y con ello una puesta en peligro abstracto, tiene tan poca importancia como una lesión abstracta, como por ejemplo un homicidio abstracto. Cabe aclarar

⁷ Por ello las dudas manifestadas por Zaczyk (nota al pie 4), p. 194, no son correctas.

⁸ Lo manifiestan con razón Stratenwerth/Kuhlen, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 5a. ed., 2004, § 8, nota 14.

que estos casos no son los casos generalmente denominados como delitos de puesta en peligro abstracto.

2. El término empleado anteriormente “delitos de puesta en peligro abstracto” se refiere al gran número de casos en los cuales no es necesario poner un bien en peligro, sino que la acción contiene o crea el riesgo de que uno de los bienes mencionados posiblemente se encuentre en una situación de peligro. Un ejemplo es el del conductor de un automóvil que cruza la línea continua en una curva peligrosa. Aquí se trata del riesgo relacionado con dicha acción. Aunque nadie haya sido puesto en una situación de peligro, ya que por suerte no había un vehículo en el otro carril, existe el riesgo, es decir, la peligrosidad de la acción. Este peligro de la acción debe ser evaluado desde el punto de vista del autor. También se podría pensar en una acción que cause una situación peligrosa permanente (por ejemplo, la contaminación peligrosa del aire).⁹

En consecuencia, la diferenciación principal no es la diferenciación entre puesta en peligro concreta y abstracta, algo transitivo, sino entre puesta en peligro de un determinado bien y (mera) *peligrosidad de una acción* (la cual también puede consistir en la creación de una situación de riesgo). Por tanto en los delitos de peligro corresponde diferenciar objetivamente entre *delitos de puesta en peligro* y *delitos de peligrosidad*. Los delitos de puesta en peligro son delitos de resultado, los delitos de peligrosidad son meros delitos de acción (los cuales eventualmente pueden tener relación con una situación permanente de riesgo).

En cuanto a la evaluación de la peligrosidad de la acción debe regir lo siguiente: también aquí se trata de que desde el punto de vista *ex ante* de una persona experta e imaginaria se debe suponer la posibilidad de una lesión, pero solamente la posibilidad que surge de la acción y en la cual queda abierto si realmente alguien ha sido puesto en una situación de peligro. Del mismo modo que en los delitos culposos corresponde tener en cuenta el ámbito de la persona experta e imaginaria (conductor de un vehículo, director de una empresa industrial de una determinada rama, médico especializado, etcétera). Cuando se constate una situación que

⁹ V. gr., § 325 del Código Penal alemán. Más detalles sobre estos casos bajo III.5. En cuanto a la diferenciación entre el peligro para un determinado bien jurídico y la mera peligrosidad de una acción existe un malentendido por parte de Koriath, GA, 2001, 51, 60.

causa un peligro permanente, la misma debe ser evaluada desde el lugar, en el cual ésta existe.

En cuanto a la diferenciación entre abstracto y concreto cabe aclarar que el delito de peligrosidad, en contraposición al delito de puesta en peligro mencionado anteriormente, el cual siempre es un delito concreto, puede ser materialmente un delito concreto o abstracto. El hecho de que el legislador haya preferido la figura del delito abstracto omite que el delito también es posible como delito concreto. Cabe advertir que en la mayoría de los casos se trata de un delito concreto. Retomando el ejemplo anterior de adelantarse en una curva peligrosa, corresponde admitir en el caso común (desde el punto de vista *ex ante* del conductor) la existencia de un riesgo concreto. Un análisis más profundo llega al resultado de que casos, en los cuales existe solamente un riesgo abstracto, es decir que hay solamente una infracción de la orden de la norma, son la minoría. Un ejemplo sería el hecho de cruzar un semáforo en rojo en un lugar en el cual en la madrugada no hay otras personas. El hecho de que dicha diferenciación de los delitos denominados “delitos de puesta en peligro abstracto” no tiene relevancia para el legislador tiene razones prácticas, pero no significa que no exista una diferencia. Solamente aquello que es posible de manera concreta puede tener una tipicidad abstracta.

De manera inversa, no se puede sostener que los meros delitos de peligrosidad abstracta no existan o que una diferenciación entre delitos de peligrosidad concreta y abstracta no tenga relevancia material.¹⁰ El hecho de que una norma penal o una norma de infracción contenga una acción normalmente peligrosa se basa en la circunstancia de que en dichos casos frecuentemente existe la posibilidad real de un riesgo, pero a raíz de la rigidez de cada tipificación abstracta de acciones no significa que siempre exista una posibilidad concreta. Tampoco se puede alegar que la diferenciación no sea significativa. Es evidente que existe una diferencia si alguien lleva a cabo una acción riesgosa *hic et nunc* o si su acción realiza los elementos abstractos (por ejemplo adelantarse de manera incorrecta, superar el límite de la velocidad), pero que bajo las circunstancias reales no existe un riesgo. El análisis llega al resultado de que la diferencia consiste

¹⁰ Pero en este sentido Zaczyk (nota al pie 4), p. 194. Partiendo de su modelo de “seguridad” generalmente rechazado, Kindhäuser, *Puesta en peligro como delito (Gefährdung als Straftat)*, 1989, pp. 290 y ss., considera que dicha diferenciación no tiene importancia (ver abajo V).

en que en el primer caso existe una *antijuridicidad material* a raíz del riesgo concreto para bienes jurídicos de otros, mientras que en el segundo caso existe solamente una *desobediencia formal a la norma*.

Desde el punto de vista dogmático dicha diferenciación es importante en varios aspectos. Por un lado pueden existir *de lege lata* normas penales que requieran una peligrosidad concreta. Por otro lado el aspecto limitante de la peligrosidad concreta podría tener importancia para la problemática de la compatibilidad de los delitos aquí tratados con el derecho penal criminal. Finalmente, cabe tener en cuenta que la peligrosidad concreta tiene importancia en varios otros puntos de la dogmática de la Parte general, lo que analizaré más abajo.

Hoyer advirtió que existen delitos para cuya realización no basta la peligrosidad abstracta, pero no obstante ello no debe existir la puesta en peligro concreta de un bien.¹¹ Refiriéndose a normas legales que emplean el término “idóneo” habla de “delitos de idoneidad”. Su argumentación se dirige en la misma dirección que mi análisis de los fenómenos de peligro en el escrito homenaje para Arthur Kaufmann.¹²

Pero en cuanto a la existencia de la idoneidad Hoyer no se basa en el punto de vista *ex ante* de una persona objetiva en la situación del actor, como es el caso respecto al término de la peligrosidad, sino que emplea características “objetivas” de la acción.¹³ Asimismo, trata la cuestión dogmática principal desde un aspecto demasiado legal-positivista. Zieschang demostró que la palabra “idóneo” es utilizada en la ley con significados materiales diferentes.¹⁴

En cuanto al aspecto terminológico cabe resumir que existen autores que sostienen la opinión de que la disyuntiva “delitos de puesta en peligro concreto y abstracto” no es correcta, pero no obstante la utilizan por costumbre.¹⁵ El hecho de mantener la tradición lleva aquí a la confusión de

¹¹ Hoyer (nota al pie 3), pp. 197 y ss., 201; el mismo JA, 1990, 183, 188.

¹² Hirsch (nota al pie 3), pp. 557 y ss.

¹³ V. gr., Hoyer (nota al pie 3), pp. 107 y ss., 201; el mismo JA, 1990, 183, 188.

¹⁴ Zieschang (nota al pie 3), pp. 164 y ss., 175 y ss. También Roxin (nota al pie 2), § 11, nota 163, y *Systematischer Kommentar – Wolters/Horn* (nota al pie 6), antes de § 306, nota 18, hacen referencia al significado diferente en la ley, la cual en parte incluye delitos de puesta en peligro concreto.

¹⁵ Schönke/Schröder – Lenckner/Eisele (nota al pie 4), antes de § 13 y ss., nota 129; Lackner/Kühl (nota al pie 4), antes de § 13, nota 32; *Münchener Kommentar – Radtke*,

términos y a la malinterpretación. Los delitos de peligrosidad no requieren una puesta en peligro. Cuando uno —por cualquier razón— no quiere utilizar el término “delitos de peligrosidad”, a primera vista se podría pensar en el término “delitos de idoneidad”. No obstante, ya había advertido que dicho término es utilizado con otro significado. Además cabe tener en cuenta que se trata de delitos que tienen una relación con “peligro” y que dicha circunstancia debería estar contenida en el término. Asimismo, cualquiera se puede imaginar sin problemas qué es una acción peligrosa, pero no qué es una acción idónea, dado que el adjetivo “idóneo”, en contraposición al adjetivo “peligroso”, no tiene por sí un contenido suficiente. Mejor podría encajar el término “delitos de riesgo”, pero dicho término también se utiliza en otro contexto. Además el término no se diferenciaría de manera suficientemente clara de los delitos culposos.¹⁶ Igualmente cabe observar que el término “peligroso” es empleado en la doctrina también para diferenciar la existencia de una situación de peligro para un bien y el mero peligro proveniente de una acción, es decir, en la teoría de la peligrosidad respecto a la tentativa y en la doctrina de la imputación objetiva.¹⁷ Por ello conviene utilizar el término como criterio de diferenciación para el grupo de delitos que son caracterizados por él.

2006, antes de § 306 y ss., nota 4 s.; ver también Jescheck/Weigend (nota al pie 4), p. 264 con nota 42.

Algunos autores parten del punto de vista de que los tipos penales tradicionalmente denominados “delitos de puesta en peligro abstracto” son casos de una *suposición* legal de la puesta en peligro de un objeto protegido; por ejemplo Baumann/Weber/Mitsch (nota al pie 4), § 8, nota 43, y Wessels/Beulke (nota al pie 4), nota 29. Más allá de las dudas generales, que resultan de una suposición en contra del autor en el derecho penal, cabe aclarar que según la redacción de la ley no se trata de la suposición de la puesta en peligro de un bien concreto, sino de un actuar riesgoso. Más detalles en Graul, *Delitos de puesta en peligro abstracto y presunción en el derecho penal (Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtion im Strafrecht)*, 1991, pp. 355 y ss.

¹⁶ Acerca de otro empleo del término ver las citas en Zieschang (nota al pie 3), p. 385. En artículos anteriores utilicé los términos “delitos de riesgo” y “delitos de peligrosidad” como idénticos, lo que no obstante lleva a malentendidos. Acerca de las diferencias entre peligrosidad y culpa ver Zieschang (nota al pie 3), pp. 62 y ss. y Hirsch (nota al pie 3), escrito homenaje para Buchala, p. 161.

¹⁷ Acerca de la teoría de la peligrosidad en la tentativa ver Hirsch, escrito homenaje para Roxin, 2001, pp. 711, 719 y ss.; el mismo en JZ, 2007, 494, 500 s. También para la doctrina de la imputación objetiva, sobre la cual tengo mis dudas en el delito doloso, la diferenciación entre peligro y peligrosidad tiene importancia. Sus seguidores hablan de la

Mantener el término genérico “delitos de puesta en peligro” lleva a una confusión, dado que el subgrupo “delitos de peligrosidad” no requiere una puesta en peligro. Las normas en las cuales la ley requiere la puesta en peligro de un bien no predominan, sino que los tipos penales de peligrosidad son mucho más frecuentes. Como término genérico para ambos vocablos se podría emplear “delitos de peligro”. Dicho término genérico no solamente es más preciso, sino más honesto, dado que evita la impresión de que se trate de casos en los cuales ya existe una puesta en peligro para algo.

3. Luego de lo desarrollado se puede constatar lo siguiente en cuanto al aspecto sistemático: corresponde diferenciar materialmente entre puesta en peligro de un bien y la peligrosidad de una acción (dicha acción eventualmente está relacionada con una relación peligrosa causada por la acción). En consecuencia cabe reemplazar la disyuntiva actual “delitos de puesta en peligro concreto y abstracto” por dos disyuntivas: “Delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad” y “delitos de peligrosidad concreta y abstracta”.

4. Dicha aclaración permite clasificar también tal grupo de normas penales, cuya clasificación sistemática es problemática.

Como ejemplo de tal combinación se mencionó el § 308, inciso 1, alternativa 1, de la redacción anterior del Código Penal alemán (incendio simple). En esta norma se tipificaba de manera abstracta el hecho de incendiar determinados objetos, mientras que el juez debía realizar la evaluación acerca de si la calidad y la ubicación de dichos objetos eran idóneas para transmitir el fuego a otros objetos protegidos. Se opinaba que se trataba de una mezcla entre un delito de puesta en peligro abstracto y concreto. Se manifestó que respecto a la parte tipificada se trataba de una peligrosidad abstracta, mientras que la evaluación del juez sobre la idoneidad indicaba la existencia de un delito de puesta en peligro concreto.¹⁸ Este punto de vista se basaba en la opinión mencionada anteriormente, es decir que en cuanto a la puesta en peligro concreto se trata de la evalua-

realización de un peligro por parte del autor, no legitimado a través de un riesgo permitido, dentro del alcance del tipo penal. Peligro en realidad quiere decir la peligrosidad del comportamiento.

¹⁸ V. gr. Horst Schröder, JZ, 1967, 522 y ss.; el mismo ZStW, 81 (1969), 7, 18 y ss.; Maurach/Zipf, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 8a. ed., 1992, § 20, nota 32; Jakobs (nota al pie 6), 6º párrafo, nota 87; Schünemann, JA 1975, 787, 793, 798.

ción por parte del juez, mientras que el delito de puesta en peligro abstracto tiene su origen en la tipicidad creada por el legislador. En la actualidad es sabido que no se puede tratar de una puesta en peligro concreto, dado que la misma requiere que el bien afectado se haya encontrado en una situación real de peligro. Siguiendo a *Gallas*¹⁹ hoy en día se manifiesta: cuando el resultado (concreto) de haber causado un peligro no es necesario para realizar el tipo penal, el traslado de la evaluación de la existencia del peligro al juez no modifica el carácter tipificado de una norma de peligrosidad. Dichas normas penales deben ser interpretadas de tal manera que la actividad del juez consista en una continuación de la generalización en base al fundamento legal. En consecuencia la doctrina mayoritaria actual clasifica dichas mezclas (una mezcla sólo aparente) como “delitos de puesta en peligro abstracto” según la terminología tradicional, es decir, como delitos de peligrosidad abstracta.²⁰

Esta opinión refuta con razón la argumentación de que se trata de una mezcla con una puesta en peligro concreto. No obstante, su punto débil es que parte de un repertorio dogmático que reconoce solamente la alternativa entre el delito de peligrosidad abstracta y el delito de puesta en peligro concreto. No se tiene en cuenta que se podría tratar de una peligrosidad concreta. Cuando se tiene en cuenta que entre los delitos de puesta en peligro real y los delitos de peligrosidad abstracta existe una categoría de la peligrosidad concreta, existe la posibilidad de que luego de un análisis profundo de la *ratio legis* de determinadas normas resulte la clasificación como delito de peligrosidad concreta.

También *Zieschang*²¹ advirtió sobre otro grupo de tipos penales, es decir, las normas penales que requieren un actuar peligroso concreto, el cual crea como resultado específico una *situación* peligrosa concreta. *Zieschang* habla de un “delito de puesta en peligro potencial”, dado que los bienes jurídicos en cuestión se encuentran potencialmente en un peligro concreto o ante una lesión. Como ejemplo menciona, entre otros, el tipo penal de la contaminación del aire (§ 325, inciso 1 del Código Penal ale-

¹⁹ Gallas, escrito homenaje para Heinitz, pp. 183 y ss.

²⁰ Schönke/Schröder – Heine (nota al pie 4), §§ 306 y ss., nota 3; Jescheck/Weigend (nota al pie 4), p. 268; *Systematischer Kommentar – Wolters/Horn* (nota al pie 6), antes de § 306, nota 18; Roxin (nota al pie 4), § 11, nota 162.

²¹ Zieschang (nota al pie 3), pp. 64 y ss., 158 y ss., 162 y ss., 203 y ss.

mán) que reza: “Quien durante el funcionamiento de una instalación, especialmente de un complejo o maquinaria industrial, violando obligaciones de derecho administrativo, cause alteraciones del aire apropiadas para dañar la salud de otro, animales, plantas u otras cosas de significativo valor fuera del espacio perteneciente a la instalación será...”.

Es cierto que estos tipos penales se diferencian de los delitos comunes de peligrosidad, los cuales se refieren solamente a una determinada acción peligrosa. Además no se trata de delitos de puesta en peligro concreto, dado que no es necesario que un bien jurídico haya estado en peligro. Por ello Zieschang los quiere clasificar como *un grupo independiente de delitos al margen* de los delitos de peligrosidad y los delitos de puesta en peligro (concreto). No obstante es dudoso si realmente se trata de un grupo *independiente* de delitos o si se trata de un *subgrupo* de los delitos de peligrosidad. Ya que se requiere que el autor haya causado una situación peligrosa, por ejemplo, una contaminación peligrosa del aire, de modo que el delito produce esa situación, que es una acción peligrosa. Cuando se lo compara con un delito de peligro clásico, por ejemplo, conducir un vehículo en estado de ebriedad, queda claro que aquí el peligro también es causado por la creación de una situación peligrosa. En el último caso el vehículo es manejado por un conductor que no está en condiciones de conducir, lo que lleva a una situación peligrosa proveniente del vehículo. En el otro caso la situación peligrosa es causada por el hecho de dejar escapar aire contaminado por una chimenea o un tubo. Lo paralelo entre ambos casos todavía es más claro cuando nos imaginamos en el caso de conducir en estado de ebriedad que la situación peligrosa no fuera creada y mantenida de forma dinámica mediante el hecho de apretar continuamente el acelerador, sino que la misma se mantuviera de forma estática a raíz de la posición de un interruptor, como en el caso del motor eléctrico (por ejemplo, de un tranvía). Podemos manifestar que se trata de una cuestión de redacción. El tipo penal de conducir un vehículo en estado de ebriedad también podría ser redactado de la siguiente manera: “El que luego del consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes conduzca un vehículo y cause por ello una situación idónea para disminuir la seguridad de la vida, la salud o bienes...”. Y si se reemplaza “no estar en condiciones de conducir” por 1% de concentración de alcohol en la sangre y “contaminación del aire idónea para...” por determinados valores químicos que-

da claro que en ambos casos se trata de delitos de peligrosidad. En consecuencia, corresponde tratar los delitos clasificados por *Zieschang* como “delitos de puesta en peligro potencial” materialmente como un subgrupo de los delitos de peligrosidad, en los cuales la redacción de la ley alude a la creación de una determinada situación.²²

Además cabe advertir que el término “delitos de puesta en peligro potencial” no es adecuado para dichos delitos. Ante cualquier acción *periculosa concreta* se puede hablar de una puesta en peligro *potencial*. Tal terminología crea la impresión falsa de que se trata de una forma intermedia entre delitos de peligrosidad y delitos de puesta en peligro real. A los fines de aclarar la terminología es aconsejable emplear para todo que se trata de mera peligrosidad el término “peligrosidad”, dado que con ello se puede resaltar la diferencia con el delito de puesta en peligro real. La diferencia esencial es la puesta en peligro de un determinado bien y la mera peligrosidad. Por ello la denominación “delitos de peligrosidad sujetos a una situación” sería adecuada.

III

1. El análisis de la cuestión sobre qué son los delitos tradicionalmente denominados “delitos de puesta en peligro abstracto” posibilita analizar la problemática de la compatibilidad con el derecho penal criminal desde un terreno más firme que el actual. La opinión de *Zaczyk*²³ mencionada anteriormente, es decir que dicho análisis no es importante para la compatibilidad, no observa la necesidad científica de analizar el objeto de la evaluación antes de sacar sus conclusiones.

Analizando los delitos de peligrosidad concreta se puede constatar que no solamente tienen un contenido antijurídico formal, sino también ma-

²² Crítico también Hefendehl, *Bienes jurídicos colectivos en el derecho penal (Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht)*, 2002, pp. 163 y ss. Su crítica de que *Zieschang* argumenta “solamente desde el punto de vista político-criminal” y no desde el punto de vista constitucional no es correcta. A pesar de que la ley suprema no tenga una respuesta a la problemática, se trata de una cuestión que debe ser solucionada bajo los aspectos del derecho penal. La evaluación de la problemática no sería diferente si la ley suprema no tuviera una parte de derechos básicos o si no existiera una ley suprema escrita. La respuesta debe ser buscada necesariamente desde el derecho penal.

²³ *Zaczyk* (nota al pie 4), pp. 192 y ss.

terial. El hecho de crear un riesgo concreto de dañar bienes de otros contiene también una antijuridicidad material. En cuanto a la crítica a la compatibilidad del grupo de delitos tradicionalmente denominado “delitos de puesta en peligro abstracto” parece ser que la imagen creada por el término *abstracto* tiene cierta importancia. No obstante, a los fines de llegar a soluciones adecuadas, también corresponde tener en cuenta las acciones peligrosas concretas abarcadas por los tipos penales, las cuales en la práctica predominan. Sólo en el supuesto de dejar afuera los casos de peligrosidad concreta se trata de una peligrosidad meramente abstracta, es decir, en el caso común de una mera desobediencia a la norma.

En el derecho de infracciones la peligrosidad abstracta de determinados comportamientos es suficiente para configurar la tipicidad, dado que se trata de la prohibición y la sanción de comportamientos indeseados que estorban solamente la función debida de la vida social. La infracción no requiere una acción penal y la tramitación en un procedimiento sumario por la administración pública es adecuada. Sin embargo para el derecho penal criminal rigen otras pautas.

2. El argumento de que el derecho penal criminal debe ser limitado principalmente a delitos de lesiones o por lo menos a delitos de resultado suena tentador, ya que los legisladores tienen un impulso incesante de penalizar. No obstante la argumentación no se puede mantener de una manera tan generalizada. Desde siempre hay delitos de peligrosidad en el derecho penal criminal. Ejemplos clásicos son el incendio grave (§ 306a, inciso 1, N^o 1 del Código Penal alemán), los delitos de falso testimonio (§§ 153 y ss.) y la intoxicación que constituye un peligro público (§ 314). Nadie se pronuncia en contra de la legitimación de la penalización de dichos casos. También Hassemer, un representante de la “escuela de Francfort”,²⁴ la cual representa la corriente más restrictiva del derecho penal Criminal, manifiesta que la incorporación de los “delitos de puesta en peligro abstracto”, es decir de delitos de peligrosidad, en el derecho penal es

²⁴ Hassemer, ZRP, 1992, 378, 383. Además cabe mencionar a: Herzog, *Inseguridad social y protección por el derecho penal (Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge)*, 1991, pp. 109 y ss., y Prittwitz, *Derecho penal y riesgo (Strafrecht und Risiko)*, 1993, pp. 362 y ss. En contra Kuhlen, GA, 1994, 347, 362 y ss. Acerca de la “escuela de Francfort” Wohlers, *Tipos delictivos del derecho penal preventivo. Sobre la dogmática de delitos de puesta en peligro “modernos” (Deliktstypen des Präventionsstrafrecht – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte)*, 2000, pp. 51 y ss.

legítima en el ámbito clásico, es decir, en los delitos de incendios, pero no en los ámbitos nuevos. Por consecuencia esta corriente tiende más a evitar la aplicación del derecho penal a actos preliminares que a sostener una incompatibilidad general. No obstante ello no puede significar “congelar” la situación en su estado histórico. El hecho de que la vida social está permanentemente en movimiento y que se modifica lleva al resultado de que determinados contenidos del derecho penal puedan ser modificados, manteniendo su estructura básica.²⁵

Por el contrario, algunos autores consideran que el desarrollo expansivo del derecho penal es positivo. *Schünemann* opina que las relaciones causales múltiples y su imprevisibilidad general caracterizan a la sociedad moderna.²⁶ Manifiesta que la modificación del clásico delito de resultado al moderno delito de peligrosidad abstracta surge de la naturaleza de las cosas. Quien se opone a este desarrollo se opone a la modernización del derecho penal e ignorando las condiciones de actuar de la sociedad moderna malinterpreta la tarea del derecho penal, es decir, proteger el derecho.²⁷

También *Kratsch* opina que el desarrollo es positivo.²⁸ Argumenta que los acontecimientos, los cuales dependen de casualidades, ya no son comprensibles para los individuos, por lo cual el legislador, en vez del individuo, ejerce de antemano la tarea de defenderse contra peligros, dado que el individuo ya no tiene capacidad para realizar tal tarea. Opina que a los fines de asegurar una óptima protección de bienes jurídicos y para evitar vacíos en la protección de los mismos, se debe admitir que el legislador redacte normas como “regulación amplia” y que él mismo lleve a cabo la defensa contra peligros. Manifiesta que del hecho de que el legislador lle-

²⁵ Hirsch, en Kühne/Miyazawa, *Nuevos desarrollos del derecho penal en comparación entre Alemania y Japón (Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich)*, 1995, pp. 11, 15, 20 y ss.

²⁶ Schünemann, GA, 1995, pp. 201, 211 y ss.

²⁷ *Ibidem*, pp. 201, 213. También Tiedemann opina que el “tal llamado delito de puesta en peligro es la forma adecuada del derecho penal de reaccionar para proteger bienes jurídicos supraindividuales (colectivos)”, *Derecho penal económico (Wirtschaftsstrafrecht)*, Parte general, 2004, nota 60; y Koriath no observa “problemas con el principio del Estado de derecho”, GA, 2001, 51, 74.

²⁸ Kratsch, *Conducción del comportamiento y organización en el derecho penal (Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht)*, 1985, pp. 116, 277 y ss.; el mismo en el escrito homenaje para Oehler, 1985, pp. 65, 67.

ve a cabo las tareas esenciales y exigentes resulta que el individuo sólo debe obedecer a estas instrucciones de actuar.

El argumento principal en contra de tal corriente es que de esta manera el derecho penal criminal obtendrá un carácter de derecho de policía. La opinión de que el derecho penal puede ser explicado de manera suficiente desde la prevención general jugó a favor de esta opinión. El resultado es una ampliación inflacionaria del derecho penal, la cual lleva evidentemente a una disminución de la impresión del derecho penal criminal en el ámbito de las infracciones. La opinión de que el traslado hacia los delitos de peligrosidad es necesario a raíz de las dificultades con las pruebas no es una legitimación. A pesar de que las dificultades y sus causas muchas veces no son fundamentadas, cabe manifestar que simplificaciones procesales no pueden legitimar la anticipación de la punibilidad.²⁹ El derecho penal trata de la evaluación de determinados comportamientos del autor, pero no de las posibilidades de simplificar el actuar de los órganos de la persecución penal. Además cabe tener en cuenta que hoy en día la protección ante peligros, que existen en la vida cotidiana, y su sanción, se realiza a través del derecho administrativo, es decir, en Alemania a través del derecho de contravenciones. Corresponde limitar su intromisión inapropiada en el derecho penal criminal.³⁰

Existen intentos de sostener que en ciertos ámbitos del derecho penal es apropiado incorporar delitos de peligrosidad al derecho penal. Se trata especialmente de dos grupos de casos: primero los delitos con el llamado “bien jurídico intermedio intelectual”, por ejemplo, los delitos de cohecho (de funcionarios públicos) y los delitos de falso testimonio, y segundo las acciones en masa, sobre todo en el tránsito vial, que el legislador en

²⁹ Detallado Weigend, escrito homenaje para Triffterer, 1996, pp. 695 y ss. Crítico también LIN, *Tipos de puesta en peligro abstracto en el derecho penal económico (Abstrakte Gefährdungstatbestände im Wirtschaftsstrafrecht)*, 1992, p. 101; Hirsch (nota al pie 25), p. 20; Zieschang (nota al pie 3), pp. 367 y ss. Diferente Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ*, 1988, 337, 340.

³⁰ Así, como también la “escuela de Francfort”, ya hace dos décadas expresamente Jakobs, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss. Tiedemann indicó hace tiempo que en contra de estas opiniones “un fin principal de los intentos de reforma” era trasladar la delincuencia económica del derecho de infracciones y en especial al derecho penal criminal del Código Penal; ver *Derecho penal económico y criminalidad económica (Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität)*, *Parte general*, 1975, p. 17.

cierto sentido intenta automatizar, por ejemplo, en el § 316 del Código Penal alemán.³¹ En cuanto a los tipos penales con un “bien jurídico intermedio mental” los ejemplos demuestran que se trata mayoritariamente de casos tradicionalmente reconocidos. No obstante, el punto de vista “bien jurídico intermedio intelectual” es impreciso, dado que el bien jurídico protegido mediante tales normas no está dividido y es el mismo.

En cuanto a las acciones en masa se sostiene que el cumplimiento sin excepción de la norma está indicado a raíz de razones teóricas, dado que en el caso contrario no se podría lograr la automatización necesaria de dichas normas, que tienen una función de orden meramente formal. Se argumenta que en estos casos no corresponde una limitación de la punibilidad. Se advierte que respecto a las regulaciones del Reglamento de Tránsito (*Strassenverkehrsordnung* — StVO) el elemento del orden es la primera función de tales normas. Se hizo referencia a los resultados si una determinada acción fuera la práctica general.³² En contra de ello corresponde alegar que tal explicación no tiene relación con el análisis de la limitación del derecho penal *criminal*. Es solamente una fundamentación de que tales acciones se encuentran amenazadas con una sanción, por lo cual en primer lugar forman parte del derecho de infracciones.

Además las propuestas mencionadas de una limitación parten de la alternativa tradicional entre delitos de puesta en peligro concreto y “delitos de puesta en peligro abstracto”. Aparentemente no había conciencia de la existencia de una categoría de la peligrosidad concreta y de las posibilidades que surgen de ella.

El punto de partida para la limitación del derecho penal debe ser la separación del derecho de infracciones.³³ Como es sabido dicha separación del derecho penal se realizó para contrarrestar el reblandecimiento del derecho penal y de su poder de impresión. El derecho de infracciones debe ser el lugar indicado para el tal llamado derecho de infracciones administrativas o derecho de transgresiones, es decir, del derecho penal especial. Dado que las infracciones siempre tienen la estructura de delitos de

³¹ Así Roxin (nota al pie 4), § 11, nota 160 s., siguiendo a Schünemann, JA, 1975, 787, 798.

³² Jakobs (nota al pie 6), 6º párrafo, nota 86 y ss.; Brehm, *Dogmática de los delitos de puesta en peligro abstracto (Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts)*, 1976, pp. 139 y ss.

³³ Hirsch (nota al pie 25), pp. 40 y ss.

peligrosidad, generalmente deben ser situados en este ámbito de leyes. En consecuencia, respecto a la cuestión de si las infracciones excepcionalmente pueden formar parte del derecho penal se trata de aspectos de evaluación mediante los cuales se fundamenta que un actuar determinado supera a raíz de su gravedad y su antijuridicidad *excepcionalmente* el derecho penal de infracciones, que generalmente es aplicable en tales casos. Ello significa que *el legislador debe alegar razones especiales para tratarlos dentro del derecho penal*. Estas razones podrían ser un alto grado de peligrosidad que surge del actuar y la gravedad del eventual daño. El hecho de que la simplificación de pruebas no puede ser empleada para una clasificación como hecho penal fue desarrollado con anterioridad.³⁴ Además se requiere una armonización con las demás normas del derecho penal que protegen un bien jurídico determinado. Dado que, por ejemplo, la propiedad está protegida en el Código Penal solamente contra acciones dañosas dolosas, corresponde tener cuidado de que el equilibrio de la protección de los bienes jurídicos no esté estorbado por la inclusión de un delito de peligrosidad.

El análisis de la diferenciación entre delitos de peligrosidad abstracta y concreta lleva a la siguiente pregunta: *¿en caso de que un delito de peligrosidad, a raíz de su gravedad, encuadre en el derecho penal, se debe tratar de una peligrosidad concreta?* De hecho ya en el ámbito clásico existía el problema de cómo excluir casos que carecen de una peligrosidad concreta. Una acción evaluada por el legislador como delito de peligrosidad abstracta puede ser en el caso concreto totalmente inofensiva. No obstante se realiza el tipo penal, con lo cual existe la punibilidad. Ello se considera como una *violación del principio de culpabilidad*.³⁵ Un ejemplo es el incendio grave (§ 306a, inciso 1, N^o 1 del Código Penal alemán) mencionado arriba, el cual tiene una pena grave, la cual no se puede fundamentar con el hecho de producir daños mediante el empleo de fuego, sino con el hecho de poner en peligro la vida de los habitantes mediante

³⁴ Ver nota 29.

³⁵ V. gr., Binding, *Normas (Normen)*, 1922, t. 1, pp. 368 y ss.; Kaufmann, Arthur, JZ 1963, 432; Schünemann, JA, 1975, 797 s.; Baumann/Weber, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 9a. ed., 1985, p. 135; Roxin (nota al pie 4), § 11, nota 153; Schönke/Schröder – Heine (nota al pie 4), antes de §§ 306 y ss., nota 3, con más citas. El problema tiene relevancia práctica en la jurisprudencia respecto al delito del incendio grave. No obstante hasta ahora se evitó una decisión, v. gr., BGHSt 26, 121; 34, 115.

el incendio de la vivienda.³⁶ No obstante la norma describe la acción de manera abstracta y generalizada, con lo cual la tipicidad no incluye circunstancias concretas de la puesta en peligro de la vida. Quien incendia una pequeña cabaña, en la cual no se encuentran personas, realiza según el texto de la norma el tipo penal criminal del incendio grave.

A los fines de evitar este resultado se propone, basándose en la opinión de *Horst Schröder*, admitir en el caso individual la prueba de que la acción no haya sido peligrosa.³⁷

Pero se trata de una construcción ajena al derecho penal. El resultado práctico sería cargarle al imputado la prueba para la falta de la peligrosidad concreta, lo que violaría el principio *in dubio pro reo*.³⁸ En los últimos tiempos el legislador incorporó con el § 326, inciso 6 del Código Penal alemán (manejo ilegal de residuos peligrosos) una causa excepcional de exclusión de la punibilidad cuando evidentemente no existan efectos dañinos a raíz de la escasa cantidad de los residuos. No obstante tal construcción también es ajena al derecho penal y no soluciona la problemática. La solución adecuada sería considerar desde el principio solamente acciones concretamente peligrosas.³⁹ Ello generalmente debería ser así

³⁶ La escala penal del § 306a, inciso 3 del Código Penal para delitos menos graves no es una solución del problema, dado que no modifica la clasificación como crimen.

³⁷ Horst Schröder, ZStW 81 (1969), 7, 16 s.; el mismo en Schönke/Schröder, 17a. ed., 1974, antes de § 306, nota 3 a.

³⁸ Crítico ya Brehm (nota al pie 32), pp. 38 y ss.; Schönke/Schröder – Cramer, 24a. ed., 1994, antes de § 306, nota 4; Hirsch (nota al pie 3), escrito homenaje para Buchala, p. 161; *Systematischer Kommentar* – Wolters/Horn (nota al pie 6), antes de § 306, nota 17; Roxin (nota al pie 2), § 11, nota 154; Wohlers (nota al pie 24), p. 287; todos con más citas.

³⁹ “Intentos de limitación” mediante el requisito de la infracción al debido cuidado de la acción (la llamada “culpa sin consecuencias”) no pueden convencer. Se basan en Horn, *Delitos de puesta en peligro concreto (Konkrete Gefährdungsdelikte)*, 1973, pp. 22 y ss., 218 y ss., y Brehm (nota al pie 32), pp. 126 y ss., y se pueden observar también en Schünemann, JA, 1975, 798, a pesar de su punto de vista general, y ahora también en Roxin (nota al pie 2), § 11, nota 155. Además de que las construcciones con estructuras difíciles de los distintos autores difieren en varios puntos entre sí, cabe preguntarse si las evaluaciones subjetivas complejas podrían ser aplicadas en la práctica. Además, la estructura de los delitos culposos es diferente a la estructura de los delitos de peligrosidad, dado que la infracción al debido cuidado se define a través de una, aunque generalizada, exigencia al deber. La infracción al debido cuidado es, en contraposición al criterio de la peligrosidad, un fenómeno meramente práctico. Esta diferencia existe también cuando se considera

respecto de todos los tipos penales de peligrosidad del derecho penal criminal, dado que la infracción a la orden de la norma en principio es algo que no tiene relación con el derecho penal criminal y que tiene importancia en el derecho de policía. Con ello se puede evitar el conflicto con el principio de culpabilidad, en el cual se basa el derecho penal criminal. Mientras que en el delito de peligrosidad abstracta el autor debe conocer los elementos de la acción peligrosa tipificada de forma abstracta —o reconocerlos en los delitos culposos— el delito de peligrosidad concreta requiere que el autor tenga en la situación concreta conciencia de la peligrosidad de su actuar o si tenía la posibilidad de tener tal conciencia. En caso de la existencia de estos requisitos subjetivos hay una relación entre el comportamiento del autor y el derecho penal criminal.

Sólo en caso de que la antijuridicidad del comportamiento no solamente supere el nivel de una infracción, sino que además, independientemente de la existencia de una peligrosidad concreta o no, el comportamiento, a raíz de la naturaleza e importancia de una orden absoluta de la norma, debe ser evaluado como comportamiento criminal, un tipo penal de peligrosidad abstracta podría ser apropiado en el derecho penal criminal y podría armonizar con el principio de culpabilidad. La opinión sobre el “bien jurídico intermedio mental” mencionada anteriormente se refiere a tales normas, por ejemplo, al tipo penal del falso testimonio bajo juramento.⁴⁰

Dejando de lado los casos *poco frecuentes*, en los cuales la peligrosidad abstracta legitima la clasificación como delito del derecho penal criminal, corresponde manifestar que se puede tratar solamente de delitos de peligrosidad concreta. Y también aquí deben existir razones materiales que los eleven sobre el nivel de antijuridicidad de infracciones. Dado que el legislador hasta ahora no tomó conciencia de la categoría de los delitos de pe-

que el punto de vista de la evaluación es en ambos casos el punto de vista de una persona media imaginada en la situación del autor. Además hay confusiones en el ámbito subjetivo. Si acciones concretamente peligrosas y la infracción al debido cuidado fueran idénticas, el dolo de las acciones concretamente peligrosas debería extenderse a partes de la evaluación de la antijuridicidad, por lo cual debería incluir parcialmente la conciencia de la antijuridicidad. Dicho punto de vista no es compatible con el sistema del derecho penal, que diferencia entre dolo y conciencia de la antijuridicidad y los encasilla en diferentes niveles delictivos.

⁴⁰ Zieschang, por el contrario, opina que casos de peligrosidad abstracta pueden ser excluidos totalmente del derecho penal criminal, ver (nota al pie 3), pp. 382 y ss.

ligrosidad concreta, el Código Penal alemán contiene contradicciones llamativas: el legislador creó delitos de tránsito que son tipos penales de peligrosidad concreta (§§ 315 y ss. del Código Penal alemán) y delitos contra el medio ambiente (§§ 324 y ss.) que son interpretados hasta ahora, a pesar de la similitud de la problemática, como delitos de peligrosidad abstracta. El reconocimiento de la categoría de los delitos de peligrosidad concreta otorga al legislador la posibilidad de llegar a una armonización del sistema.

Las consideraciones efectuadas no rigen solamente *de lege ferenda*. Corresponde analizar si una norma es materialmente un delito de peligrosidad concreta. Zieschang demostró en un profundo trabajo que varias normas son delitos de peligrosidad concreta.⁴¹ Aquí se puede remitir a este resultado. Los tribunales superiores deberían evaluar si, a raíz del impulso ilimitado del legislador de castigar, no debe ser su tarea mantener en cierta medida el perfil del derecho penal criminal. El derecho penal criminal no debe ser desnaturalizado en un derecho de sanciones para repeler peligros. Los resultados fueron mencionados arriba.

En consecuencia cabe resumir que los delitos de peligrosidad concreta pueden formar parte del derecho penal criminal cuando su contenido antijurídico supere considerablemente el de las infracciones. Dado que se trata solamente de casos especiales, el derecho penal no experimentaría una modificación de delitos de resultado a delitos de peligrosidad. Los delitos de peligrosidad abstracta ya por su naturaleza no pertenecen al derecho penal criminal. Solamente en casos muy excepcionales pueden ser legitimados como parte del derecho penal criminal.

Naturalmente ello debe regir como regla general, por lo cual para las normas de la UE no puede regir otra cosa. El llamado *corpus iuris*, que tiene el fin de proteger las finanzas de la UE, merece reconocimiento porque se trata de un proyecto de un Código Penal (incluyendo normas importantes de la Parte general) elaborado por penalistas de los diferentes Estados miembros, de Alemania participó Tiedemann. No obstante el punto

⁴¹ Zieschang (nota al pie 3), pp. 206 y ss. También Wohlers (nota al pie 24), pp. 311 y ss., 338 y ss., 343, opina que corresponde analizar los diferentes tipos penales. Manifiesta que no se debe partir de conceptos dogmáticos de la limitación de la “penalización de acciones generalmente peligrosas”, sino que se debería medir “la legitimidad de determinadas normas mediante los criterios específicos para el tipo delictivo”.

central es un delito de peligrosidad (fraude de subvenciones), el cual incorpora de manera tradicional la peligrosidad abstracta. Por ello el *corpus iuris* no puede servir como “modelo del derecho penal para Europa” como algunos eventualmente opinaron. Tiedemann ya advirtió en otro contexto sobre el peligro de que el derecho penal criminal se extienda demasiado a raíz de la creación de nuevos tipos penales de peligrosidad.⁴²

IV

Otro problema general de los delitos de peligrosidad es su delimitación de los delitos de lesiones. El aumento de los delitos de peligrosidad lleva a un “ablandamiento de los bienes jurídicos”, dado que como preludeo de los bienes jurídicos clásicos: vida, cuerpo, libertad de movimiento, propiedad y bienes se establecieron bienes jurídicos inmateriales. Todo empezó con la interpretación del tipo penal anterior del fraude a seguros (§ 265 de la redacción anterior del Código Penal), en el cual, de igual manera que hoy en el tipo penal del abuso de seguros, se protege, además de la propiedad, el funcionamiento del sistema de seguros.⁴³ Le siguió el fraude de subvenciones, respecto cuyo bien jurídico se hace referencia a la liber-

⁴² Tiedemann, escrito homenaje para Hirsch, 1999, pp. 765, 767. Con el hecho de seguir el lema “asegurar una subsistencia sin miedo” (Tiedemann/Kindhäu-Ser, NStZ, 1988, 337, 340) se abriría el camino a la implementación de más delitos de peligrosidad abstracta. Dicha opinión no tiene en cuenta que el Estado, en el hipotético caso de poder brindar tal seguridad, tiene varios instrumentos para alcanzarla. El derecho penal criminal es la *ultima ratio*. Tiedemann opina ahora que una “legitimación ilimitada de los delitos de puesta en peligro abstracto es demasiado amplia”; v. gr., *Derecho penal económico (Wirtschaftsstrafrecht)*, Parte general (arriba nota al pie 27), nota 60 con comentario 65.

Además corresponde observar que los límites del derecho penal criminal mencionados arriba no le otorgan al legislador la legitimación de ampliar el ámbito de las infracciones de forma ilimitada. Como demuestran las razones mencionadas *infra* VI.1 respecto a los delitos de peligrosidad abstracta no existen dudas. Pero dado que se trata de sanciones estatales represivas, la implementación de las normas debe cumplir con los principios de proporcionalidad y *ultima ratio*. Ya hoy en día tenemos en varios ámbitos una sobrerregulación.

⁴³ Respecto al § 265, redacción anterior, del Código Penal alemán: RGSt 67, 109; BGHSt 11, 398, 400; 25, 261, 262; *Leipziger Kommentar* — Tiedemann, 11a. ed., 1996, § 265, notas 6 y ss. Respecto al § 265, redacción actual: Tröndle/Fischer (nota al pie 4), § 265, nota 2.

tad de planeamiento y disposición estatal, la institución de la subvención como instrumento estatal de dirigir la economía o de los fines económico-políticos que se persigue con la economía.⁴⁴ Llegó el punto máximo del ablandamiento cuando *Kindhäuser* les atribuyó a los delitos de peligrosidad el bien jurídico general imaginario “seguridad” como un estado de seguridad normativamente garantizado.⁴⁵ Sostuvo que los delitos de peligrosidad deben ser despegados del “paradigma de agresión” de la relación con determinados bienes jurídicos y que deben ser reinterpretados como delitos, los cuales deben garantizar la “seguridad”. Corresponde contestar: En cuanto a la determinación de “seguridad” (¿seguridad ante qué, para quién o para qué?) nuevamente se debe hacer referencia a la cuestión de la peligrosidad para bienes jurídicos “asegurados”. Es la única manera de determinar cuándo y en qué medida la seguridad esté afectada. Con ello nos encontramos al punto inicial del análisis, es decir, la peligrosidad del comportamiento. Además cabe responder que la seguridad necesaria es un resultado de la protección de los bienes jurídicos concretos. El punto de vista de la seguridad comprende una función en sí del derecho penal, la cual no puede ser utilizada otra vez para legitimar ciertas normas penales. Además la opinión de *Kindhäuser* parece ser perjudicial, ya que podría difuminar la clasificación de situaciones de peligro para determinados bienes jurídicos y la clasificación de la peligrosidad (concreta y abstracta) de acciones. En el término nebuloso “seguridad” dichas diferenciaciones, que deben ser observadas a causa del Estado de derecho, pierden sus contornos. El modelo de seguridad de *Kindhäuser* puede brindar solamente una “seguridad” engañosa a través del derecho penal.⁴⁶

⁴⁴ *Leipziger Kommentar – Tiedemann* (nota al pie 43), § 264, nota 11, con más citas. También en el derecho penal del medio ambiente el concepto de bien jurídico perdió sus contornos y hasta fue puesto en duda. Acerca de las disputas Hirsch (nota al pie 25), pp. 13 y ss., con más citas.

⁴⁵ *Kindhäuser* (nota al pie 10), pp. 280 y ss., 287, 290.

⁴⁶ Sobre la crítica de la opinión de *Kindhäuser*, *Seelmann*, NJW 1990, 1257, 1259; Hirsch (nota al pie 3), escrito homenaje para Arthur Kaufmann, p. 556, con nota 49; el mismo (nota al pie 25), p. 16; Maurach/Schröder/Maiwald, *Parte especial 2 (Besonderer Teil 2)*, p. 88; Roxin (nota al pie 4), § 11, notas 156 y ss., y de forma detallada Zieschang (nota al pie 3), pp. 351 y ss., y Krüger, M. *La tendencia de desmaterialización del concepto del bien jurídico (Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff)*, 2000, pp. 94 y ss., con más citas.

El ablandamiento del concepto del bien jurídico permitió quedarse en el preludio del tradicional ámbito de tareas del derecho penal sin darse cuenta de ello. No obstante, en la mayoría de los casos no se asumió la consecuencia de clasificar los delitos de manera correcta como delitos de lesiones de los bienes jurídicos inmateriales de “coartada”, sino que doctrina mayoritaria los clasificó y los clasifica generalmente como “delitos de peligro abstracto”.⁴⁷

Es cierto que el concepto del bien jurídico no es un concepto impuesto al orden legal. Caso contrario volveríamos a pensamientos del derecho natural.⁴⁸ Tampoco lo es porque se trata de un concepto general, no limitado al derecho penal. Un bien obtiene la calidad de bien jurídico cuando el orden legal positivo lo protege. Cuando dicha protección se realiza también a través del derecho penal, los posibles bienes protegidos son determinados según los criterios que surgen de la función y legitimación del derecho estatal de imponer penas. Por ello el significado del concepto del bien jurídico para el derecho penal no viene del derecho natural, sino que se trata de un significado totalmente relacionado con el derecho penal, es decir que tiene relación con el contenido del derecho positivo.⁴⁹ El significado consiste en fundamentar racionalmente cuál es exactamente el interés protegido y cuál es el bien protegido, a los fines de aclarar si un tipo penal se refiere a la lesión de un bien jurídico o si se trata de una acción anterior a dicha lesión. Por ello no es correcto interpretar el bien jurídico protegido en los delitos de tránsito como la “confianza en la seguridad del tránsito”, ya que la seguridad del tránsito tiene el fin de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos, es decir, la vida, la integridad física y la propiedad, a través de las normas de tránsito.⁵⁰ El hecho de que la doctrina mayoritaria no lo manifieste con la claridad necesaria, sino que habla de la protección de un bien jurídico de la “sociedad”, surge de la opinión de

⁴⁷ Ver la crítica de Krüger (nota al pie 46), pp. 109 y ss., 158 y ss. A favor de acciones lesivas Tiedemann (nota al pie 27), nota 59.

⁴⁸ Ver Hirsch, escrito homenaje para Spinnelis, 2001, pp. 425, 429 y ss., con más citas.

⁴⁹ V. gr. las citas sobre la doctrina mayoritaria en Schönke/Schröder – Lenckner/Eisele (nota al pie 4), antes de § 13 y ss., nota 9 s. Ahí también se encuentran citas de opiniones contrarias.

⁵⁰ Véase Krüger (nota al pie 46), pp. 159 y ss., 161 y ss.; Hirsch (nota al pie 48), pp. 440 y ss.

que la aceptación de los bienes jurídicos individuales mencionados lleva a consecuencias insostenibles para la cuestión del consentimiento. Ello no es correcto. El hecho de que el consentimiento no tenga ninguna relevancia no resulta de la existencia de un bien jurídico de la sociedad, sino del hecho de que los diferentes tipos penales protegen una cantidad indeterminada de bienes jurídicos individuales y concretos, con lo cual el consentimiento de uno o algunos de los titulares de los bienes jurídicos no es suficiente. No se trata de una problemática del bien jurídico, sino de los efectos de la estructura delictiva de los delitos de peligrosidad.

En consecuencia la respuesta a qué bienes jurídicos son protegidos por las normas penales requiere un análisis profundo. ¿Se trata de un ámbito de protección anterior al daño, a los fines de evitar lesiones de los bienes jurídicos individuales clásicos o se trata de un bien jurídico universal y originario? La cantidad de los últimos es mucho más pequeña que lo sostenido hoy en día. Además es llamativo que en la mayoría de los casos, en los cuales se supone la existencia de un bien jurídico universal, se clasifica el tipo penal como un delito de peligrosidad. Tal bien jurídico ya se encontraría lesionado cuando se lo afecte. Como ejemplo se puede mencionar el tipo penal del “cohecho en las relaciones comerciales” (§ 299 del Código Penal alemán). La doctrina mayoritaria⁵¹ sostiene que el bien jurídico principal protegido es la “competencia leal”. Cuando alguien actúa de manera desleal y realiza los elementos del tipo penal, nos encontramos en realidad ante un delito de lesiones. El hecho de no asumir esta consecuencia deja en claro que en realidad nos encontramos en un preludeo de la protección de bienes; y todavía más cuando tenemos presente que no se trata de cualquier competencia, sino de la competencia comercial, es decir, el tráfico de bienes.

En consecuencia queda claro que los delitos de peligrosidad tienen una relación estrecha con el bien jurídico realmente protegido. El análisis profundo del bien jurídico aclara si nos encontramos en el preludeo del ámbito penal y si la pena prevista es adecuada para incorporar el delito al ámbito del derecho penal, o si corresponde clasificar el comportamiento como una infracción.

⁵¹ Tröndle/Fischer (nota al pie 4), § 299, nota 2, con más citas.

V

Resumiendo se puede constatar:

La disyuntiva tradicional “delitos de puesta en peligro concreto y delitos de puesta en peligro abstracto” no es correcta. Corresponde diferenciar entre “delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad” y luego entre “delitos de peligrosidad concreta y abstracta”. El término genérico preciso no es “delitos de puesta en peligro”, sino “delitos de peligro”. Solamente los delitos de puesta en peligro (concreto) y en caso de tener la gravedad suficiente los delitos de peligrosidad concreta pueden formar parte del derecho penal criminal. Los delitos de peligrosidad abstracta deben ser excepciones en el derecho penal criminal.

El descuido del análisis sistemático más preciso de los delitos de peligro no sólo tuvo un efecto adverso para aclarar la problemática de su compatibilidad con el derecho penal criminal, sino también para la problemática del bien jurídico. Asimismo, el análisis de la diferencia entre puesta en peligro y peligrosidad se debería tener en cuenta para los conceptos y la terminología en otros ámbitos dogmáticos que tratan de peligro.⁵² Las partes especiales, en las cuales la diferenciación puede tener importancia, son las del derecho penal económico y el derecho penal del medio ambiente.

⁵² V. gr., arriba nota 17.