

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales

Catedrática acred. de Derecho penal. Universidad de León, España. Patrona FICP.

~Los delitos de peligro~

1. Antes de realizar la exposición en torno a los delitos de peligro conviene hacer referencia a los presupuestos y premisas de las que se parte:

Presupuesto previo: la función principal del Derecho Penal (DP) sigue siendo la protección de bienes jurídicos a través de la prevención.

De ello se derivan dos premisas que han de cumplirse de manera cumulativa:

Premisa a) Sigue teniendo plena validez el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio limitador y legitimador del *ius puniendi*. A través de este principio cabe realizar una distinción cualitativa entre el Derecho Administrativo sancionador y el DP¹. Además, y combinando otros principios, es preciso recordar que tal principio no implica que el DP haya de ser utilizado para la protección de todos los bienes jurídicos. Aquel principio se ha de completar o matizar con la idea de que se trate de un bien jurídico-penal, en expresión acuñada en la doctrina española por MIR PUIG y LUZÓN PEÑA.

Premisa b) Derivado del principio de ofensividad, vinculado al anterior (o formando parte de su sustrato), el DP solo debe intervenir en la prevención de conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico-penal.

2. Existe una relación estrecha entre la teoría del bien jurídico-penal y la técnica utilizada para su protección (a través de delitos de lesión o de peligro). Quiere esto decir que la formulación del bien jurídico-penal protegido, o protegible, es condición previa a la valoración de la técnica utilizada. Esta idea tiene especial relevancia en la discusión sobre la autonomía o no de ciertos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales orientados a la protección de bienes

¹ No se entra a valorar si entre el Derecho Administrativo sancionador y el DP existe o no una diferencia cualitativa, aparte de la cuantitativa, pues la decisión en torno a esta cuestión exige previamente analizar si son aplicables y en qué medida los principios limitadores del *ius puniendi* también al Derecho Administrativo. En esta exposición sí se parte de la existencia de tal diferencia cualitativa entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, de ahí que para la legitimación del DP sea necesario el cumplimiento de principios más estrictos, pues a fin de cuentas en este ámbito se tiene que justificar la limitación de la libertad ambulatoria, derecho fundamental que se ve afectado con la imposición de la consecuencia jurídica por excelencia que se deriva de la comisión del delito, la pena privativa de libertad, en particular la pena de prisión.

jurídicos individuales –vida, libertad, patrimonio, principalmente-), tales como la seguridad colectiva y sus manifestaciones concretas como la salud pública y la seguridad vial, o la seguridad laboral, por citar solo ejemplos que repercuten en delitos de muy frecuente aplicación judicial.

3. Como consecuencia inmediata de lo anteriormente mencionado, no cabe legitimar la utilización del DP para la tipificación de delitos que no protegen auténticos bienes jurídicos. Ejemplificativamente, desde esta perspectiva no se pueden justificar los delitos en los que se castigan sentimientos (delitos de odio), o conductas moralmente reprobables (algunos delitos sexuales en los que se protege la moral sexual) o conductas relacionadas con el maltrato (explotación sexual) y abandono de animales domésticos.

4. Tampoco se puede legitimar la utilización del DP si la conducta tipificada no resulta lesiva ni peligrosa para el bien jurídico-penal. Esta perspectiva es, precisamente, la que ha de atenderse en la explicación de los delitos de peligro, particularmente en la modalidad más controvertida, los delitos de peligro abstracto.

5. Evidentemente, los delitos de peligro no son un invento del denominado DP moderno o postmoderno (el DP de la sociedad del siglo XXI), pues en el DP clásico o liberal han existido delitos de peligro. Basta oír el CP 1822 español y ver que en este CP ya aparecían diversas modalidades de los delitos de incendio en los que se castigaba el peligro para bienes jurídicos.

6. En el DP moderno o postmoderno se utiliza de manera muy habitual el delito de peligro para la protección de bienes jurídicos individuales y, particularmente, bienes jurídicos supraindividuales, los que, además, también van apareciendo a medida que se producen avances y cambios en la sociedad, bienes jurídicos no siempre fáciles de delimitar y definir y aun de reconocer como tales.

Un DP moderno o postmoderno que se identifica (en su formulación, orientaciones político criminales y planteamientos dogmáticos) a través de la expresión acuñada por SILVA SÁNCHEZ la expansión del DP. Expansión que, en lo que aquí nos interesa destacar, tiene una doble manifestación: ampliación de las conductas que van a ser prohibidas por esta rama del Derecho e intensificación de la intervención, esto último traducido en el incremento de la duración de las sanciones, principalmente de la pena de prisión.

7. A este aumento significativo de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo de los delitos de peligro abstracto, se llega desde diversas vías, cada una de ellas identificada con unos términos que sirven perfectamente para identificar sus rasgos más característicos. Un punto común a todas ellas, la seguridad como objetivo o ¿cómo bien jurídico, con autonomía y sustantividad?:

7.1. Inicialmente este aumento considerable de los delitos de peligro ha sido un efecto o consecuencia del denominado DP de la sociedad del riesgo.

Estamos ante la aparición de nuevos riesgos derivados de los avances científicos y tecnológicos, que afectan a un número indeterminado y generalizado de personas, riesgos que normalmente proceden de actividades que solo determinados grupos de poder pueden llevar a cabo.

Consecuencia: si estas actividades implican peligro para bienes jurídicos, los tradicionales (individuales) y los nuevos bienes jurídicos colectivos que van apareciendo, parece razonable que se anticipe su protección, a través de la prohibición de conductas que implican un peligro ya intolerable (no justificable en virtud del riesgo permitido principalmente).

Aceptada esta consecuencia tan esquemáticamente planteada, la discusión es ¿dónde ha de intervenir el DP? ¿Para proteger bienes jurídicos individuales? ¿También para proteger los bienes jurídicos colectivos? ¿Y cómo se han de proteger? No parece que sea suficiente, ni eficaz, a través de los delitos de lesión, es necesario el recurso a los delitos de peligro. Asumible resulta el recurso a los delitos de peligro concreto (si efectivamente nos encontramos ante un auténtico bien jurídico-penal), pero, ¿es también asumible el recurso al delito de peligro abstracto? Más adelante se tratará de responder a esta última cuestión.

Este DP de la sociedad del riesgo también tiene otra vertiente (con cierta autonomía, en la que confluyen también las explicaciones del DP de la seguridad ciudadana y DP del enemigo): la globalización y la transnacionalización del DP. Algunos delitos de peligro (concreto y, sobre todo, abstracto), responden a sus planteamientos y consideraciones político-criminales

Este DP de la sociedad del riesgo se manifiesta en los delitos socioeconómicos, delitos contra la salud de los consumidores (alimentos y medicamentos), medio ambiente, delitos de riesgo catastrófico, etc. Ámbitos en los que también repercute

claramente la actividad legislativa de la UE, influyendo en los DP de los países miembros.

7.2. Inicialmente, en este DP de la sociedad del riesgo el debate se centra sobre el castigo o no de delitos de peligro en el entendimiento de que, efectivamente, se pueden identificar las conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos. Hay base científica para afirmar que las conductas seleccionadas por el legislador penal sí comportan dicho peligro: el juicio de peligro se puede realizar a través de probabilidades estadísticas (con independencia de si esto es o no suficiente).

Desde la perspectiva que nos ocupa (la tipificación o no de los delitos de peligro), el problema de legitimación estriba en la manera como se traslada “este peligro” al tipo penal. O dicho de otra manera, el debate se centra en la fundamentación y legitimación de los delitos de peligro abstracto.

Pero los avances científicos y tecnológicos también nos enfrentan a otra situación: la sospecha del peligro. En este caso, a través de los conocimientos científicos existentes en este momento, no se puede saber si una determinada actividad es o no peligrosa para bienes jurídicos, o si puede o no lesionar, incluso gravemente, tales bienes jurídicos; pero sí se sospecha que puede serlo. En este momento el DP ya no se ocupa solo de la prevención del peligro para bienes jurídicos, se da un paso más: se ha mudado y se ha convertido en el DP de la precaución ante riesgos.

El principio de precaución se introduce en el DP desde una doble perspectiva (en lo que aquí interesa): en primer lugar, para la tipificación de delitos de peligro presunto, o de sospecha, o delitos de riesgo. Se tipifican conductas de las que se presume, sin base científica que lo apoye, su peligrosidad para bienes jurídicos importantes, como la vida, la salud, el medio ambiente. En segundo lugar, se utiliza este principio en la interpretación de los delitos de peligro abstracto (concretamente, en la definición de la conducta peligrosa desde la perspectiva *ex ante*).

En uno y otro caso en la tipificación del delito se utiliza como técnica regulativa la de la accesoriedad administrativa, de ley o de acto, lo que lleva a que el incumplimiento de la normativa administrativa o de la autorización administrativa se convierte en delito. Es decir, ¿estamos ante un delito sin bien jurídico? ¿se tipifica como delito una mera desobediencia administrativa?

Este DP de la precaución se plantea, por ejemplo, en delitos contra la salud de los consumidores (alimentos), en las “manipulaciones” genéticas (utilizando la rúbrica del CP español), en delitos de riesgo catastrófico como los relacionados con la energía nuclear, etc.

7.3. Los delitos de peligro también son el efecto o consecuencia del denominado DP de la seguridad ciudadana.

Aquí no se trata de intervenir frente a nuevos peligros que se derivan de los avances científicos y tecnológicos. Y tampoco se trata de intervenir frente a las conductas peligrosas de “los grupos poderosos”. El DP se ha ocupado de la delincuencia tradicional, pues el ciudadano se identifica claramente como potencial víctima de este tipo de conductas.

Desde este DP de la seguridad ciudadana puede explicarse las modificaciones de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en particular conductas relacionadas con la pornografía infantil. O la tipificación de delitos de organización y grupos criminales, pero para perseguir no la delincuencia transnacional, sino los grupos criminales relacionados con los delitos patrimoniales “tradicionales” (robos principalmente).

7.4. Como ha advertido DÍEZ RIPOLLÉS, desde el DP de la seguridad ciudadana se puede llegar a los postulados del DP del enemigo. También desde esta última fundamentación es fácilmente entendible que en el DP se utilice como técnica de tipificación para la protección de bienes jurídicos (con una difuminación de lo que es un bien jurídico) a los delitos de peligro, en particular de peligro abstracto.

7.5. En este DP moderno o postmoderno, donde confluyen los planteamientos de la sociedad del riesgo, la seguridad ciudadana, el DP del enemigo, pueden aparecer delitos de peligro abstracto híbridos, en el sentido de que en su “fundamentación” se pueden utilizar argumentos de una y otra vía:

Ejemplos, los delitos contra la seguridad vial, particularmente los delitos de conducción con excesiva velocidad, superando una determinada tasa de alcohol, conducción sin permiso, se pueden explicar desde tesis de la sociedad del riesgo, pero también de la seguridad ciudadana, incluso desde su fundamentación más radical, DP del enemigo (en el año 2007, cuando se reforman de manera sustancial los ahora denominados delitos contra la seguridad vial, se habla de terrorismo vial).

Otro ejemplo, en el delito de pornografía infantil, en la modalidad de posesión de material pornográfico, el principio de precaución ya no se basa en la incertidumbre ante los avances científicos y tecnológicos: la incertidumbre, la sospecha es que hay conexión entre consumo de este material y los abusos sexuales de menores.

8. Para concluir esta exposición, En el DP se diferencian las siguientes tipologías de delitos de peligro:

- Delitos de peligro concreto: tomando como referencia la definición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la acción realizada por el sujeto activo ha de causar un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien jurídico protegido. Se tienen que producir unas condiciones que sirvan para afirmar que el bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, bien porque el objeto material ha entrado en el radio de acción de la acción peligrosa, bien porque el sujeto pasivo ha entrado en el radio de acción de la acción peligrosa.

Esta técnica se utiliza de dos maneras: para tipificar el delito dirigido a proteger el bien jurídico (colectivo o individual) o para tipificar una modalidad agravada consistente en la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos.

Ejemplos, en el CP español, delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, art. 316 y 317 (modalidades dolosa e imprudente); delito de contaminación ambiental, art. 325.1 in fine. De la segunda clase: delito de lesiones del art. 148.1, delitos de trata de personas y eufemísticamente “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, peligro concreto para la vida o salud.

- Delitos de peligro abstracto en las modalidades de delitos de aptitud, o de peligro abstracto-concreto (SCHRÖDER), o de peligro potencial (ZIESCHANG), o de peligro hipotético (término utilizado por TORÍO LÓPEZ), o de peligrosidad expresa (LUZÓN PEÑA), o de peligrosidad concreta o de acción peligrosa (HIRSCH).

Se requiere la efectiva comprobación de que la conducta, en un juicio *ex ante*, ha supuesto peligro para el bien jurídico. Dicho en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, requiere la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión del bien jurídico. Se exige la prueba de la peligrosidad de la acción para el bien jurídico protegido, demostrándose la idoneidad o aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico (sin que tal lesión se llegue a producir).

Ejemplos. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, delito de adulteración de alimentos con sustancias susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

- Delitos de peligro abstracto puro. Esta es la clasificación más controvertida, pues su legitimación está condicionada a la forma como se fundamente tal tipología delictiva. Si se hace un planteamiento desde la presunción de que estamos ante conductas peligrosas (presunción basada en probabilidades estadísticas, efectivamente se trata de acciones generalmente peligrosas), y la peligrosidad de la acción es mero motivo para la tipificación penal, o es una presunción *iuris et de iure* de que es una acción peligrosa, en tal caso no hay legitimación para el recurso a esta técnica para la protección de bienes jurídicos. Pues en definitiva se puede estar castigando penalmente conductas de las que no se ha probado en el caso concreto su peligrosidad para el bien jurídico, tan solo se ha probado que se trata de una conducta que, generalmente, estadísticamente, entraña dicho peligro.

Si se hace un planteamiento en el que se exija la constatación de que la acción no solo es generalmente peligrosa, sino que, en el caso concreto, efectivamente, la acción es peligrosa, su legitimación está salvada. Pues se respetan los dos principales principios limitadores del *ius puniendi* destacados al inicio de esta exposición: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (para el caso de que, efectivamente, se trate de proteger un bien jurídico que merece el calificativo de penal) y el principio de ofensividad (frente a una conducta de la que se ha probado su peligrosidad).

En el intento de legitimar los delitos de peligro abstracto “puros” (parece más acertada la denominación de delitos de peligro abstracto con peligrosidad tácita empleada por LUZÓN PEÑA) se han propuesto varias fundamentaciones: el delito de peligro abstracto considerado como la tipificación de una tentativa respecto del delito imprudente, o como la tipificación de la infracción del deber objetivo de cuidado, o la tesis más radical, la que plantea la seguridad como bien jurídico, reformulando los delitos de peligro abstracto en delitos de lesión respecto del bien jurídico seguridad (CORCOY BIDASOLO)

Ejemplos de delitos de peligro abstracto, los delitos de conducción sin permiso, delitos de conducción a excesiva velocidad, conducción superando una tasa de alcohol, tenencia de armas, explosivos, algunos delitos societarios, etc.

- Delitos de sospecha, de peligro presunto o de riesgo. Se tipifican conductas de las que se sospecha su peligrosidad para bienes jurídicos, sin prueba científica contrastada que lo corrobore. Como se ha indicado con anterioridad, se trata de la utilización del principio de precaución en la tipificación del delito de riesgo. O de la “reinterpretación” de los delitos de peligro abstracto utilizando el citado principio

La vigencia de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad ponen en entredicho la legitimidad de esta técnica de tipificación (o de interpretación).