

SOCIEDAD DE RIESGO: LEGITIMACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO*

MARÍA GRACIA BOGADO

DÉBORA RUTH FERRARI

Fecha de entrada: 18/08/2009

Fecha de publicación: 21/08/2009

Resumen: En este trabajo, las autoras abordan el estudio de los delitos de peligro hipotético; específicamente, la problemática que se presenta entre la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de esta categoría de delitos sobre la base de los principios y garantías fundantes del derecho penal mínimo. A tales efectos, analizan el estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia extranjera.

Abstract: In this research, the authors tackle the study of crimes of hypothetical endangerment; specifically, the problems that arise between the need for penal protection provided to group rights, and the legitimacy of this category of crimes taking into consideration the principles and guarantees that gave origin to the minimal intervention principle in criminal law. To this end, they analyze the current situation of this matter in foreign doctrine and jurisprudence.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTOS. 2.1. DELITOS DE PELIGRO. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN. 2.2. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS EN LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA. 2.3. LEGITIMACIÓN DE DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO. 2.3.1. TRATAMIENTO DE LA DOCTRINA. UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO. 2.3.2. CARACTERES QUE PERMITEN AFIRMAR U OBJETAR LA LEGITIMIDAD O JUSTIFICACIÓN DE ESTA CATEGORÍA DE DELITOS. 2.3.4. JURISPRUDENCIA. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Nos ocupamos en la presente ponencia de analizar los delitos de peligro y específicamente los denominados «delitos de peligro hipotético o de aptitud», partiendo de que en la actualidad la sociedad contemporánea en la que estamos inmersos, caracterizada por el constante avance tecnológico, la globalización y el dinamismo, genera efectos en las conductas humanas que provocan un aumento de los riesgos y en consecuencia un considerable incremento de los deberes de cuidado.

* Deseamos expresar nuestro agradecimiento a FABIÁN I. BALCARCE por darnos la posibilidad de publicar este trabajo y por haber tenido la deferencia de leer críticamente el mismo.

Ello, genera una mayor preocupación de la sociedad en proteger ámbitos que tradicionalmente eran ajenos a la esfera del derecho penal, lo cual produce una expansión y ensanchamiento del derecho penal a fin de controlar la sensación de inseguridad y enfrentar estos nuevos riesgos, para lo cual se recurre al uso de técnicas tipificadoras tales como: ley penal en blanco, tipos abiertos, comisión por omisión, delitos imprudentes, delitos de peligro, etc.

La complejidad de los nuevos tipos de delincuencia ocasiona que los bienes jurídicos tradicionales, como están concebidos, se tornen obsoletos y frente a ello el legislador ha optado por fusionar los intereses de bienes jurídicos individuales, originando los llamados bienes colectivos o supraindividuales que tienden a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico y están estrechamente vinculados a la participación de todos los miembros de la comunidad en el proceso económico-social.

Motiva este interés, la situación conflictiva que se presenta entre, por un lado, la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos mediante el recurso a los tipos de peligro, fundamentalmente de peligro hipotético; y, por el otro, la dudosa legitimidad de tales tipos delictivos sobre la base de los principios y garantías fundantes del derecho penal mínimo.

Por lo expuesto, partimos de hacer una serie de breves consideraciones en torno a la ubicación de esta clase de tipos penales, analizando las distintas concepciones doctrinarias sobre los mismos, para después revisar la jurisprudencia existente y efectuar, sobre la base de todo ello, algunas consideraciones acerca de la adecuación y legitimación de la categoría dogmática de los «delitos de peligro hipotético o de aptitud» a los postulados constitucionales por los que debe regirse el derecho penal. Por último, efectuamos nuestras conclusiones sobre los argumentos expuestos.

2. FUNDAMENTOS

2.1. DELITOS DE PELIGRO. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

Los tipos penales pueden clasificarse en *tipos de pura actividad* y *tipos de resultado*. Dicha clasificación obedece a la suficiencia o no de la conducta prohibida para la consumación del tipo penal. Dentro de los *tipos de resultado*, podemos distinguir los *tipos de lesión* y los *tipos de peligro*. Tal clasificación depende de la intensidad de ataque al bien

jurídico; esto es, si la ofensa al bien jurídico de que se trate consiste en una lesión en sentido estricto (daño o modificación del objeto material sobre el cual recae la conducta prohibida) o en un peligro o riesgo de lesión.

A su vez, tradicionalmente los *tipos de peligro* se han sistematizado en *delitos de peligro abstracto* y *delitos de peligro concreto* según si el tipo penal se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido, o cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico. Además de esta clásica distinción, alguna parte de la doctrina ha incluido los delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial o de aptitud y delitos de peligro abstracto-concreto, entre otros. Estas divisiones obedecen, en la gran mayoría de las veces, a peculiaridades de los bienes jurídicos afectados, más que a categorías determinadas.

El objeto de nuestro trabajo se ciñe sólo al estudio de los *delitos de aptitud, de peligro potencial o hipotético* como categoría¹ dentro de los delitos de peligro o bien como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto². Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez³. Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha «idoneidad» un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente.

Esta categoría de delitos tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto⁴ para poder así tutelar los bienes jurídicos colectivos. Ello motivó que la jurisprudencia española dejara de considerar a los delitos contra el medio ambiente como tipos de peligro concreto, reinterpretando que la conducta

1 Los autores que sostienen que este tipo de delitos constituyen otra categoría son: SCHRÖDER –los denomina delitos de peligro abstracto-concreto-; HOYER –sostiene que configuran una tercera categoría y los llama delitos de aptitud-; FRISCH –expresa que son una categoría que debería reemplazar la de peligro abstracto-; TORIO LÓPEZ –entiende que son una tercera categoría y los denomina delitos de peligro hipotético-.

2 ROXIN entiende que no existen como tal sino que forman parte de los delitos de peligro abstracto; DE LA CUESTA AGUADO –los distingue de los de peligro abstracto y los denomina peligro hipotético o de idoneidad por oposición a los delitos de peligro abstracto meramente formales; MALDONADO FUENTES, concluye que son una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto.

3 MARTÍNEZ, BUJAN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.111

4 Los cuales requieren la comprobación de una real o efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

proscripta por dicha norma exigía un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico y no un resultado concreto de peligro.

Entonces, podemos decir que la contribución de esta categoría radica en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo «idoneidad del comportamiento», apto para producir peligro para el bien jurídico, solucionándose de esta manera los problemas probatorios de los tipos de peligro concreto. No obstante ello, no debemos dejar de expresar que esta novedosa categoría ha sido objetada por parte de la doctrina por no adecuarse a los principios del derecho penal -legalidad, lesividad u ofensividad, culpabilidad-.

En esta *sociedad de riesgo*⁵ que habitamos, los avances tecnológicos se insertan en todos los aspectos de nuestras vidas, y tienen como contrapartida la generación de nuevos riesgos, lo cual impulsa una intervención penal en ámbitos ajenos a los tradicionales, planteándose problemas dogmáticos aún no resueltos. En este sentido, los *delitos de peligro* han adquirido una importancia transcendental en los últimos tiempos. Así, la mayoría de las legislaciones⁶ que contienen delitos económicos recurren a la técnica de los delitos de peligro a los fines de tipificar comportamientos arriesgados o peligrosos propios de la actual sociedad.

2.2. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS EN LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

Como consecuencia de lo anterior, se crean los denominados bienes jurídicos macrosociales o colectivos, los cuales justificarían la actuación del Derecho Penal con antelación a la lesión de los bienes jurídicos personales, produciéndose como resultado una expansión del ámbito de actuación clásica del Derecho Penal, estando estrechamente

5 Para BECK, autor de la exitosa expresión –aunque también criticada– “*sociedad del riesgo*” (*Risikogesellschaft*), la actual etapa del industrialismo se caracterizaría por ser una sociedad que ni está asegurada ni puede estarlo porque los peligros que acechan son “incuantificables, incontrolables, indeterminables e inatribuibles” (Cfme. DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M, “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, T I, p. 126).

6 Es común la utilización de los tipos de peligro en los delitos relativos al medio ambiente, delitos urbanísticos, delitos de incendios, delitos de riesgos catastróficos, de estragos, etc. Nuestra legislación argentina contiene esta clase de tipos penales por ejemplo en: ley 24.769 –delitos tributarios y previsionales–, ley 24.051 –residuos peligrosos–, ley 26.388 –delitos informáticos–, ley 24.415 –delitos aduaneros–, ley 23.737 –estupefacientes–, ley 13.944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, ley 24.788 –incentivo al consumo de bebidas alcohólicas–, ley 20.974 –tenencia ilegítima de documento nacional de identidad ajeno–, Código Penal: art. 104 –abuso de armas–, art. 189 bis –delitos contra la seguridad pública, arts. 190, 192 –delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación–, art. 200 a 202 –delitos contra la salud pública–, delitos contra el orden público, delitos contra la fe pública–, blanqueo de capitales.

vinculados la creación de estos nuevos bienes jurídicos con la creación y proliferación de los delitos de peligro.

Así, “...puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada.”⁷

Ahora bien, corresponde aproximarnos a un concepto de *bien jurídico colectivo*, entendiendo por tal a aquellos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad-. Más precisamente, puede predicarse el carácter *colectivo* de un bien cuando éste sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a cada individuo⁸. Además, este tipo de bienes se caracteriza porque no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que sí está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales.

En este sentido, podemos afirmar que la validez “material” de un bien jurídico-penal de carácter colectivo viene dada por diversos factores, entre los que se resalta su *no distribuibilidad* (no corresponde a una “suma de intereses individuales” sino a “un” solo interés colectivo, no excluyente). Así, por ejemplo en el caso de la seguridad colectiva, lo puede disfrutar cualquier vecino de una localidad. En consecuencia, cualquier atentado a estos bienes repercuten en la integridad física, la libertad y la vida misma.

Por su parte, FRANCISCO MALDONADO FUENTES⁹, agrega como carácter de este tipo de bienes su *transitividad a intereses individuales* como reflejo de protección de intereses en definitiva individuales. Este último carácter es discutible. El mencionado autor sostiene que dicho carácter no obsta a que puedan adquirir relevancia en su naturaleza “colectiva” y por ello ser valorados independientemente a la lesión de los intereses individuales que representan, como de hecho ha sucedido desde antiguo (la fe pública, la probidad administrativa, etc.). Y agrega dos órdenes de explicaciones a su teoría. En primer término,

7 HEFENDEHL, ROLAND, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?*, revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos, RECPC 04-14 (2002).

8 HEFENDEHL, ROLAND, Ob. cit.

9 MALDONADO FUENTES, FRANCISCO F, *Reflexiones sobre la técnica de tipificación en los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal*, www.derecho.uchile.cl/cej/Recej/RECEJ%207/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20TECNICAS%20DE%20TIPIFICACIÓN%20DE%20LOS%20LLAMADOS%20DELITOS%20DE%20PELIGRO%20EN%20EL%20MODERNO%20DERECHO%20PENAL.pdf

entiende que la naturaleza de los nuevos bienes jurídicos (abstracta y etérea) precisamente admite como única forma idónea de afectación al peligro, por las dificultades propias de determinación de una lesión a su respecto. La segunda explicación radica en el hecho de corresponder a intereses intermedios que, en este caso, buscan mediatizar la puesta en peligro para intereses individuales; es decir, cobran relevancia como forma de dar cabida al peligro para un interés individual, cuando éste aparece muy distanciado de determinadas conductas.

En contraposición, RONALD HEFENDEHL¹⁰ sostiene que no debe confundirse la suma de bienes jurídicos individuales con el bien jurídico colectivo. Así, por ejemplo, en el ámbito de las drogas lo que se protege es la salud pública, un bien colectivo de carácter *aparente*, en tanto que lo que verdaderamente se protege es la salud de todos los miembros de la sociedad (una suma de bienes jurídicos individuales), lo cual tiene efectos decisivos porque sobre el bien individual el propio titular del mismo puede disponer y decidir.

Al respecto, lo que el citado autor sostiene es, por un lado, que se debe intentar erradicar del ordenamiento penal los *bienes jurídicos aparentes*; y por el otro, que cada uno de los tipos que protejan bienes jurídicos colectivos deben analizarse desde la *idea de acumulación*¹¹, la cual nos sirve de equivalencia material a la relación que en el seno de la causalidad lesiva ha de darse entre acción y bien jurídico, lo cual también es controvertido en virtud de que se intenta justificar la afectación de un bien jurídico autónomo mediante la suma de conductas individuales que por sí mismas no son lesivas ni ponen en riesgo un determinado interés¹².

10 HEFENDEHL, ROLAND, Ob. cit.

11 *La idea de la acumulación puede, a su vez, aplicarse fácilmente en el ámbito de los delitos medioambientales, puesto que los bienes ecológicos o recursos naturales representan bienes jurídicos y nos es problemático imaginar, a mayor o menor plazo, la existencia de un riesgo por acumulación de conductas. Veamos un ejemplo: si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en el cauce de un río, no sufrirá el agua en su función referida al hombre lesión alguna, tampoco podremos hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad. ¿Cuál podría ser aquí la causalidad? Sólo nos quedaría comprobar la idoneidad de la estructura del delito de peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa en la idea de acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en un gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas.* (Cfme. HEFENDEHL, ROLAND, Ob. cit.)

12 Al respecto SILVA SÁNCHEZ sostiene que “*es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado...no hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en virtud de un juicio ex ante. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor– peligro global*”. (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “¿Político criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español, en AP N° 23, 1998, p. 443.

Como podrá apreciarse, pese a la discusión acerca de los caracteres que justifican la existencia de este tipo de bienes, no cabe duda que los bienes jurídicos colectivos están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra¹³. Si bien el auge de los mismos constituyeron nuevas formas de protección en el campo del Derecho Penal, ante las modalidades cada vez más sofisticadas de ataque, estos no constituyen una categoría que se halle “por encima” o “más allá” del individuo, sino que están en función de todos los miembros de la colectividad por lo mismo que son complementarios de los bienes jurídicos individuales.

2.3. LEGITIMACIÓN DE DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO

2.3.1. TRATAMIENTO DE LA DOCTRINA. UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO HIPOTÉTICO

Quien primero se refirió a los delitos de peligro hipotético, como una «categoría independiente» fue al autor alemán SCHRÖDER, quien los denominaba de peligro abstracto-concreto, por encontrarse ubicados entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, compartiendo caracteres de ambos. En tal sentido, también se expide HOYER, para quien los delitos de aptitud deben ser considerados como una «tercera categoría», junto a los delitos de lesión y de peligro concreto por una parte, y a los delitos de peligro abstracto por otra. ¹⁴ En cambio, CLAUS ROXIN sostiene que la categoría de delitos de peligro hipotético no existe como tal, afirmando que deben ser subsumidos dentro de la tradicional categoría de «delitos de peligro abstracto», por cuanto no requieren un resultado de peligro concreto. A su vez, FRISCH propone sustituir los delitos de peligro abstracto por “delitos de aptitud”, considerando que: “*acentúan la concreta aptitud ex ante de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar*”.¹⁵

Por su parte, dentro de la doctrina española, ANGEL TORIO LÓPEZ, diferencia los delitos de peligro hipotético de los de peligro concreto y abstracto, en tanto concibe los primeros como aquellos en los que el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los

¹³ Como por ejemplo: medio ambiente, libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico.

¹⁴ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 411.

¹⁵ ROXIN, CLAUS, *Ob. Cit.*, p. 408 y 409.

delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una «acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del delito», con lo cual, se distinguen de los delitos de peligro abstracto basados en presunciones o en meras desobediencias.¹⁶

A su vez, FRANCISCO MALDONADO FUENTES¹⁷, considera a los delitos de aptitud, como aquellos “*en los que se exige la acreditación de la potencialidad peligrosa de la conducta (la peligrosidad), sin que sea necesario acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico, (...) se exige la concurrencia de “peligrosidad” más no de peligro*”.¹⁸ Considerando este autor, que la mencionada peligrosidad debe valorarse, mediante un juicio realizado *ex ante* por un observador imparcial, que posea el conocimiento objetivo y subjetivo del autor. Por otra parte, entiende que la denominación de este tipo de delitos no resulta acertada, por cuanto establece que si analizamos su contenido material, se advierte que la descripción de la conducta, en esta categoría, no se caracteriza por crear un riesgo hipotético o probable para el bien jurídico. Opina, que de lo que se trata: “*es de sancionar la ejecución de una conducta que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, con independencia del resultado que derive de un juicio ex-post y aún cuando se acredite que este no concurría*”¹⁹.

Por otra parte, PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO²⁰, -siguiendo a TORIO LÓPEZ- distingue dentro de los «delitos de peligro abstracto», entre los delitos de peligro hipotético o de idoneidad, a los cuales considera auténticos delitos dotados de lesividad material para el bien jurídico y los delitos de peligro abstracto tradicionales, categoría que concibe como residual, dentro de la cual se agrupan el resto de los delitos meramente formales de desobediencia o consistentes en la violación de normas ético-sociales o ético-religiosas y sobre los que reclama su inconstitucionalidad. Esta autora, postula que la categoría de delitos de peligro hipotético vendría a ser una «categoría intermedia» entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, cuya existencia estaría justificada para atender a

16 TIEDEMANN, KLAUS, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS Y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *La Reforma de la Justicia Penal, Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, 1997, p. 162 y 163.

17 Para quien los delitos de peligro abstracto o delitos de peligro presunto –como prefiere llamarlos- son inconstitucionales, violatorios de garantías básicas, por encontrarse asentados sobre una presunción *iure et de iure* o *iuris tantum* del peligro.

18 MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, Ob. Cit. p. 24 y 28.

19 MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, Ob. Cit. p. 29.

20 DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Tipicidad e Imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo. 1ra. Reimpresión. Mendoza, 1998, p. 88.

ciertas conductas que generalmente entrañan un grave riesgo para importantes bienes jurídicos y que son de difícil constatación. Mientras que, FERMÍN MORALES PRATS entiende que “*los delitos de peligro hipotético o de idoneidad constituyen una «subespecie de los delitos de peligro» en lo que la idoneidad es un elemento de la acción, por lo que no son delitos de resultado, sino de mera actividad, y por tanto, no han de ser sometidos al tamiz de la relación de causalidad*”²¹; opinión, que DE LA CUESTA AGUADO no comparte ya que postula que la idoneidad de la acción exige la producción de determinado “efecto” en el mundo externo y a partir de allí califica a este tipo de delitos como de resultado.

En conclusión, después de una exposición acabada sobre la postura doctrinaria exclusivamente extranjera acerca de este tipo de delitos, podemos afirmar la orfandad de su estudio por parte de nuestra doctrina nacional. Sólo hemos encontrado pocos comentarios en nuestra legislación acerca de algunas figuras penales que se hallan tipificadas en este sentido²². Nos resta decir, que aún no se ha instalado la discusión en la doctrina nacional acerca de esta categoría y los problemas dogmáticos que la misma puede acarrear, siendo incipiente su tratamiento en nuestro país.

2.3.2. CARACTERES QUE PERMITEN AFIRMAR U OBJETAR LA LEGITIMIDAD O JUSTIFICACIÓN DE ESTA CATEGORÍA DE DELITOS

Existe en la doctrina una discusión en torno a la legitimidad de los delitos de peligro hipotético, analizada desde los principios fundantes del derecho penal y de las funciones que el mismo está llamado a cumplir en la sociedad contemporánea, debatiéndose, en consecuencia, si se encuentra justificado el uso del derecho penal como herramienta para punir las conductas agrupadas bajo tal categoría de delitos.

Básicamente existen dos posturas radicales al respecto. Por un lado, contamos con un grupo de autores, que con diversos argumentos, objetan la legitimidad de estos tipos de peligro. Principalmente, se sostiene que los delitos de peligro abstracto en general, y dentro de ellos los de peligro hipotético, son violatorios del *principio de ofensividad o lesividad* y de *máxima taxatividad legal e interpretativa*, que exige el máximo de precisión posible respecto

21 DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., Ob. Cit., p. 95.

22 Así, BALCARCE sostiene que el art. 55 de la ley 24.051 –sobre residuos peligrosos– contiene un tipo de peligro hipotético. En contra, CESANO para quien la norma señalada estructura un tipo de peligro concreto. (BALCARCE FABIÁN, “Las características particulares de los estratos analíticos del delito en el derecho penal económico”, *Derecho Penal Económico*, Mediterránea, Córdoba, 2003, T. 1, p. 133.

de cualquier prohibición²³. En similar sentido, MALDONADO FUENTES, considera que uno de los mayores obstáculos que presentan los delitos de peligro abstracto genéricamente considerados (ya que considera que los tipos de peligro hipotético se encuentran abarcados por esta categoría) es el estar fundados sobre una presunción de derecho acerca del peligro de lesión, prevista de antemano por el legislador en la norma. En consecuencia, opina que “*la técnica legislativa de la presunción, tanto “iure et de iure” como “iuris tantum”, no son aceptables en derecho penal, por vulnerar garantías consideradas básicas (...) No puede fundarse ninguna imputación penal sobre la base de juicios de probabilidad, sea que recaigan sobre el “peligro” o sobre la “peligrosidad” de la conducta, por cuanto las consecuencias de este procedimiento vulnera los principios de lesividad y de culpabilidad.*”²⁴ Asimismo, este autor considera que este tipo de delitos vulneran el principio de culpabilidad, por cuanto al presumirse *iure et de iure* un elemento de imputación, implícitamente también se está presumiendo la responsabilidad del agente; y que tampoco resulta acertado sustentar tales delitos sobre una presunción *iuris tantum*, por cuanto se vulnera el principio procesal de la carga de la prueba, al invertirla y ponerla en cabeza del sujeto, a la vez que viola el principio *in dubio pro reo* y con esto el principio de legalidad.²⁵

En definitiva, este grupo de autores considera que a través de este tipo de técnicas legislativas se desnaturaliza la esencia del derecho penal, esto es, se deja de concebir al mismo como instrumento de *ultima ratio* atribuyéndosele funciones que deberían ser asumidas por otras ramas del derecho (derecho civil, administrativo, etc.) con igual o mayor eficacia. En tal sentido, el adelantamiento de la intervención penal a etapas anteriores a la acción típica, como sucede mediante la creación de tipos de peligro hipotético, ocasiona una

23 Al respecto se sostiene que: “...La creación de peligros y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos: (a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; (b) se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental). Estas artimañas autoritarias, por un lado ocultan una violación al art. 19 constitucional y, por otra parte, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier prohibición –principio de máxima taxatividad. Otro de los recursos inventados para considerar típicas conductas que no ofenden ningún bien jurídico es el de la pretendida lesión acumulativa o por universalización hipotética de la conducta...” (Cfme. ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2007, p. 375/6).

24 MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, Ob. Cit. p. 58.

25 MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, Ob. Cit., p. 31.

sobrevaloración de las funciones preventivas del Derecho Penal, a la vez que se avasallan los principios y garantías que justifican, en un estado de derecho, el recurso al derecho penal.

Por otro lado, existen autores que consideran a la utilización del derecho penal, a través de la tipificación de delitos de peligro hipotético, como una opción de política criminal, que se justifica en la sociedad actual caracterizada como *sociedad de riesgo*, aumentando así la importancia del derecho penal como medio de control social. En tal sentido, defienden el adelantamiento de la intervención penal en ámbitos de protección colectivos, como por ejemplo la protección del medioambiente, atento a que la producción de la lesión en tales ámbitos, puede llegar a ser de difícil o imposible reparación. En base a esta idea, se postula como legítima la intervención temprana del derecho penal, mediante la penalización de conductas peligrosas individual o globalmente consideradas, sin dejar de contemplar que: *“este progresivo adelantamiento de la intervención penal, y consecuente distanciamiento de los bienes jurídicos protegidos por el tipo, origina importantes problemas técnicos tanto en el momento de la creación como en el de aplicación de los tipos penales, así como mayor inseguridad jurídica y, en muchos casos, posibilita una mayor intervención punitiva del poder estatal con un menor control por parte del legislador.”*²⁶

A su vez, otros autores legitiman la existencia de los delitos de peligro en general, en cuanto consideran que hay bienes jurídicos que no pueden ser suficientemente protegidos a través del tradicional esquema penal, cuyo núcleo central está dado por el concepto de lesión. Así, se ha expresado que: *“no todos los bienes jurídicos se pueden proteger de acuerdo con el simple esquema del paradigma de la agresión, (...) hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente, (...) esos bienes, (...) no pueden ser protegidos con sentido-o, por lo menos, no solamente- frente a lesiones”*²⁷.

En síntesis, la doctrina que justifica la existencia de esta categoría, lo hace basándose en fundamentos de corte ideológicos, que se traducen en la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos socialmente relevantes, utilizando así estos tipos penales como eficaces instrumentos para prevenir comportamientos ilícitos que tiendan a lesionar dichos bienes.

26 DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *“Tipicidad e Imputación objetiva”*, Ediciones Jurídicas Cuyo. 1ra. Reimpresión, p. 85.

27 KINDHÄUSER, URS KONRAD, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea]. Barcelona, España. Febrero 2009 [08/07/09]. Disponible en internet: <http://www.indret.com/es/>, p.16.

2.3.4. JURISPRUDENCIA

Resulta de interés destacar la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español²⁸ la cual se ha pronunciado estrictamente sobre esta categoría de delitos en varios precedentes²⁹, exponiendo al respecto que: *“al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. [...] En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto "stricto sensu". Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española. Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige,*

28 Sentencia del Tribunal Supremo Español, 18/07/01, (ponente Cándido Conde –Pumpido Tourón) confirmó parcialmente la condena de *Ángel Jesús* como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (fallo completo en www.ruidos.org/jurisprudencia/ts_030401.html).

29 STS 22-06-2001, núm. 1210/2001, STS 20-01-2001, núm. 18/2001, STS 15-12-2000, núm. 1973/2000, STS 4-10-1999, núm. 1397/1999, en relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas.

por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.”

Asimismo, contamos con un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁰, en el cual también se efectúan las siguientes consideraciones acerca de este tipo de delitos: *“El delito contra el medio ambiente está integrado por los siguientes elementos: la realización de alguna de las conductas descritas en el precepto, entre ellas la producción de ruidos, elemento descriptivo del tipo que esa emisión contravenga las Leyes o disposiciones generales protectoras del medio ambiente, (...) es necesario que esa conducta suponga un riesgo concreto y grave para la salud de las personas. Este elemento es el que diferencia la infracción administrativa del ilícito penal. La jurisprudencia del T.S. ha establecido que el delito del art. 325 del C.P. es un delito de peligro, definiéndose en algunos supuestos como delito de peligro abstracto, pero resultando mayoritaria la postura que lo considera, bien como delito de peligro concreto o bien como delito de peligro hipotético. El delito de peligro concreto exige que el bien jurídico protegido se ponga en peligro de manera concreta. Y en el de peligro hipotético no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido, la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. También exige el tipo el elemento subjetivo, que está integrado por el conocimiento del grave riesgo, para el bien jurídico protegido, originado por la conducta del agente, (...) Riesgo que debe ser grave, y concreto o hipotético. Como elemento del tipo que es, debe quedar debidamente probado. Y la prueba esencial es el informe pericial, (...) No probado que la conducta del acusado ha puesto en grave riesgo la salud física o psíquica de sus vecinos, los hechos imputados no pueden configurar el delito del art. 325 C.P. procediendo la libre absolución del acusado.”*

Es importante resaltar que en el primer precedente citado, el Tribunal Supremo Español confirmó la condena del imputado, en tanto se comprobó la concurrencia de un comportamiento apto o idóneo para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas –vertido de líquidos residuales en varias oportunidades a un cauce de agua-. Mientras que en el segundo fallo se absolvió al imputado por no

³⁰ Sentencia de la AP de Barcelona, 03/02/06, (ponente Da. Ana Ingelmo Fernández) mediante la cual se absolvió a Joan del delito contra la salud pública (fallo completo en www.ruidos.org/jurisprudencia/ap_barcelona_060203.html).

encontrarse acreditada la idoneidad de la conducta –realizar emisiones sonoras que puedan afectar la salud de las personas- para poner en peligro el bien jurídico protegido, que en este supuesto estaba constituido por la salud pública. En ambos casos se expone acerca de la utilidad de la creación de la categoría de delito de peligro hipotético, en tanto, mediante la introducción de la idoneidad como elemento normativo del tipo para producir peligro se facilita la acreditación del mismo.

3. CONCLUSIONES

Concluimos nuestra exposición advirtiendo la existencia de posturas antagónicas en torno a la legitimidad de los delitos de peligro hipotético y consecuentemente su categorización y adaptación a los principios básicos del derecho penal. Las consecuencias prácticas son evidentes: o el derecho penal es el recurso completo y suficiente para llevar adelante la tarea de control mediante estas técnicas; o las otras ramas del derecho deben dar una respuesta integral y satisfactoria a la necesidad social de protección de ciertos bienes jurídicos.

La creación de la denominada categoría «delitos de peligro hipotético» obedece a un criterio expansionista del derecho penal que, pese a las objeciones que puedan formularse, encuentra plena aceptación en la tendencia moderna e incluso aumenta cada día. Esto obedece a que ya no se trata tanto de la sola protección del bien jurídico individual sino de la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor, con lo que el efecto preventivo llega con mayor facilidad en el momento que la protección del ordenamiento es más institucional que individual.

A partir de ello, el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Esta transformación en el objeto de protección, que va desde el bien jurídico individual a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se sostiene en la inoperancia de las otras ramas del derecho como mecanismos de control social, y concretamente, en el denominado “proceso de administrativización del derecho penal”, lo que denota un incremento de comportamientos delictivos escasamente garantistas, con técnicas de protección anticipadas de peligro presunto o estadístico, propiciando que el derecho penal asuma el modo de razonar propio del derecho administrativo sancionador, a la vez que se convierta en un derecho al servicio de los problemas sociales.

En la sociedad actual, el legislador contemporáneo tiende a ampliar ilimitadamente, mediante el recurso a las técnicas de los delitos de peligro, entre otras, el campo de aplicación del derecho penal, dándole una elasticidad vulneradora de sus principios fundamentales con el fin de responder la demanda social de mayor represión frente a conductas no toleradas. La mayoría de las veces, la norma penal lejos de solucionar el conflicto lo agrava y ello se debe fundamentalmente al uso inadecuado de este recurso.

No podemos dejar de sostener que el derecho penal no es hoy un instrumento de revancha social y su generalizada aplicación trae aparejada su desnaturalización y una pérdida de eficacia a la hora de resolver los conflictos a los cuales si está llamado a solucionar. Si bien es cierto que la tradicional ramificación del derecho está puesta en cuestión hoy en día, no obstante ello, cuando recurrimos al derecho penal, estamos frente al último recurso del derecho, por lo cual debemos adaptarnos a sus principios y garantías constitucionales que no pueden ser obviados por el legislador so pretexto de proteger intereses jurídicos socialmente relevantes.

En definitiva, para que el derecho penal continúe cumpliendo una posición primordial como herramienta de control social, debe seguir encauzado dentro sus estructuras, sin que sea necesario que deba responder a cuestiones que están fuera de su alcance.

Por último, no debemos dejar de señalar que la discusión continua, y que si bien es atendible la tendencia moderna de prevenir, mediante el recurso de los tipos de peligro hipotético, la lesión de bienes jurídicos supraindividuales de gran magnitud, ello sin lugar a dudas debe estar en otras manos.

4. BIBLIOGRAFÍA

BALCARCE FABIÁN, “Las características particulares de los estratos analíticos del delito en el derecho penal económico”, *Derecho Penal Económico*, Mediterránea, Córdoba, 2003, T. 1.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M, “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

-*Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Primera reimposición, Mendoza, 1998.

HEFENDEHL, ROLAND, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Revista electrónica de Ciencia Penal y

Criminología. RECPC 04-14 [en línea]. Julio 2002 [08/07/09] Disponible en internet: <<http://criminalnet.ugr.es/recpc>>.

KINDHÄUSER, URS KONRAD, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea]. Barcelona, España. Febrero 2009 [08/07/09]. Disponible en internet: <<http://www.indret.com/es/>>.

LASCANO, CARLOS J. (H), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002.

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, *Reflexiones sobre la técnica de tipificación en los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal*, disponible en internet: www.derecho.uchile.cl/cej/Recej/RECEJ%207/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20TECNICAS%20DE%20TIPIFICACIÓN%20DE%20LOS%20LLAMADOS%20DELITOS%20DE%20PELIGRO%20EN%20EL%20MODERNO%20DERECHO%20PENAL.pdf.

MARTÍNEZ, BUJAN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “¿Política criminal «moderna»?” *Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español*, en AP N° 23, 1998.

TIEDEMANN, KLAUS, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS Y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *La Reforma de la Justicia Penal, Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, 1997.

ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2007.