

# Los delitos del peligro hipotético

## (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)

ANGEL TORIO LOPEZ,

*Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid*

I.—La teoría convencional de los delitos de peligro abstracto afirma que en ellos el peligro no es elemento constitutivo de la figura de delito sino mero motivo del legislador. En tales delitos se describen acciones generalmente peligrosas según un juicio de experiencia para los bienes jurídicos, que sin embargo no precisan ser peligrosas específicamente en la situación concreta. Es posible someter a pena criminal comportamientos carentes de peligrosidad, en tanto coincidan formalmente con la descripción típica (1). En sentido correlativo a la teoría general del negocio jurídico, el peligro es en los delitos de peligro abstracto *motivo*, pero no *causa* de la formación legislativa de la figura de delito.

Esta construcción doctrinal se encuentra sometida actualmente a revisión en la literatura, tanto en sentido político criminal como dogmático.

En el plano político criminal, la crítica de los delitos de peligro abstracto forma parte de un contexto más amplio. El Derecho penal se concibe como medio de protección de los bienes jurídicos. En caso de duda sobre la presencia de un bien jurídico, el legislador penal debería optar (*in dubio pro libertate*) por la no intervención. Este criterio se proyecta en sectores diversos del Derecho penal tradicional.

En primer lugar, implica la exclusión del ámbito penal de las infracciones con contenido puramente moral. En Inglaterra, es aceptada

---

(1) Para las cuestiones objeto del estudio, vid. *Les délits de mise en danger*, Actes du Colloque préparatoire du X Congrès international de droit pénal, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969; ESCRIBA GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, 1976, monografía a la que se remiten los presupuestos generales del trabajo; CÓRDOBA RODA, J., *Rapport sobre Les délits de mise en danger*, cit., págs. 357 y ss.; BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *Anuario*, 1973, págs. 487 y ss.; para la orientación metódica en la literatura alemana ha sido tenido presente BREHM, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973.

la idea de Stuart Mill de que «el único fin por el que legítimamente cabe ejercer el poder sobre un miembro de la comunidad contra su voluntad es la prevención de un daño a los demás» (2). Este criterio «liberal» ha desplazado la posición «autoritaria» de que «la eliminación del vicio es asunto legislativo en igual medida que la supresión de actividades antisociales», y ha conducido a una amplia renovación del Derecho penal sexual (3).

En segundo lugar, la concepción del delito como lesión o peligro para los bienes jurídicos se encuentra en la base del proceso de descriminalización característico del Derecho penal actual, que ha llevado a separar progresivamente de él amplios sectores del injusto administrativo, con atribución al Derecho administrativo penal de las infracciones al orden de la colectividad, en las cuales no está presente un comportamiento peligroso para los bienes jurídicos, sino la violación de reglas establecidas para el mantenimiento de la seguridad y el orden, o el fomento del bienestar, en un sector social. Los delitos del derecho criminal son acciones *prohibita quia mala*, en tanto que las infracciones al orden son conductas *mala quia prohibita*. En el delito tiene prioridad el momento ontológico, mientras que en las infracciones administrativas, la valoración jurídica de la materia, frecuentemente incolora, proporciona el momento decisivo de la regulación (4).

En este contexto político criminal se desenvuelve también la crítica de los delitos de peligro abstracto. Dado que el peligro para los bienes jurídicos es elemento contingente, no necesario, de este grupo de delitos, se ha propuesto en ocasiones su desaparición, habida cuenta de la tensión en que se hallan con la exigencia del ataque a bienes jurídicos como presupuesto de la intervención del legislador penal. Esta propuesta no puede, sin embargo, ser aceptada. En los delitos de peligro abstracto hay que incluir tipos de delito que como el cohecho, la amenaza o la corrupción de menores, presentan una permanencia en la historia y en el Derecho penal comparado. Por tanto, debe procederse a verificar qué tipos particulares están integrados en el grupo antes de sugerir su desaparición.

La tensión en que se encuentra la concepción convencional con postulados estimados esenciales en el Derecho penal actual ha llevado a proponer diversos expedientes correctores de esta situación. Entre ellos destaca el sugerido por Schröder orientado a reconocer virtualidad, en orden a excluir la responsabilidad penal, a la prueba de la falta de peligro en la situación concreta. En amplios sectores de la doctrina, se afirma que los delitos de peligro abstracto son delitos de peligro presunto, con presunción *iuris et de iure*, en los que no se

(2) El pasaje de MILL en *On Liberty* se suele invocar en favor de la respuesta liberal. Según el *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (1957) «la cuestión del pecado afecta a la moralidad privada, pero no es un asunto de la Ley».

(3) La cita de DEVLIN (1959), en CROSS & JONES, *Introduction to Criminal Law*, 9 ed., a cargo de CARD, R., 1980, pág. 18.

(4) V. MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo*. (Historia y Derecho comparado), trad. de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., 1979.

admite prueba en contrario de la ausencia de peligro. La tesis de Schröder se dirigía a transformar tal presunción *iuris et de iure* en una presunción *iuris tantum*, lo que llevaría a conceder eficacia a la prueba de la falta de peligrosidad de la acción formalmente coincidente con el tenor del tipo (5). Esta tesis no ha encontrado aceptación. Se considera que no es compatible con el principio *pro reo*, pues de no lograrse acreditar la inexistencia de peligro la presunción operaría en perjuicio del autor (6).

En la doctrina actual no se trata sólo de mitigar, sino de conseguir la transformación dogmática del grupo, dentro de los límites permitidos por el principio de legalidad. En los delitos de peligro abstracto se intenta conseguir la mayor coincidencia posible entre el concepto formal —delito es la acción penada por la ley— y material de delito —delito es la acción peligrosa para bienes jurídicos fundamentales, reprochable personalmente a su autor (7).

II.—La teoría convencional realiza una caracterización esencialmente negativa de los delitos de peligro abstracto, en los que incluye todos los delitos que *no* son de lesión ni de peligro concreto, *no* precisando tampoco un ataque efectivo al bien jurídico, dado que la producción del peligro es sólo motivo del legislador.

Esta caracterización negativa es insuficiente. Presenta a los delitos de peligro abstracto como grupo residual al que se atribuyen clasificatoriamente cuantas infracciones no pueden incluirse en los delitos de lesión o de peligro concreto. De este modo dejan de señalarse peculiaridades positivas que no deberían pasar dogmáticamente inadvertidas. Por otra parte, la doctrina usual no toma en cuenta la posibilidad de distinguir entre peligro real o efectivo y peligrosidad de la acción para el bien jurídico a los fines de una comprensión más correcta del grupo. Los delitos de peligro abstracto no exigen ciertamente un peligro real o concreto para el bien jurídico protegido. Pero esta proposición deja, sin embargo, abierta la cuestión de si reclaman una acción peligrosa como elemento del tipo.

En sentido positivo, es posible distinguir las siguientes especies de delitos de peligro abstracto:

A) En primer lugar, los delitos consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas. Históricamente frecuentes hasta la crisis de la Ilustración, en los ordenamientos jurídicos no dejan de observarse reminiscencias de este fenómeno. Ejemplo de esta clase de delitos, hasta su derogación por Ley 45/1978, de 7 de octubre, era la propaganda de medios anticonceptivos, contenida en los números 4.º y 5.º del art. 416 Código penal.

B) En segundo término, los delitos de peligro abstracto identifi-

(5) V. *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW, 1969.

(6) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 Auf., 1980, antes del parágrafo 306, 3 y ss.

(7) V. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2 Auf., 1980, págs. 89 y ss.

cables como delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal. Ejemplos de este grupo son la conducción de vehículos de motor sin el debido permiso o habilitación (art. 340 bis, c) del C. p., que descriminaliza el Proyecto de Código penal de 1980) o la expención de medicamentos sin cumplir las formalidades legales (art. 343 bis del C. p. y, correlativamente, art. 317 del Proyecto de Código penal).

C) Por último, los delitos de peligro abstracto que designamos como delitos de peligro hipotético, en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los 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 tipo de delito.

En este último subgrupo, se integran delitos pertenecientes al núcleo histórico primordial del Derecho penal, tipos que persisten en la evolución y que reproduce ampliamente el Derecho penal comparado. En este sector están incluidos el abandono de niños, cohecho activo, falso testimonio, la amenaza simple, algunos delitos contra la salud pública, etc.

La propuesta de prescindir legislativamente de los delitos de peligro abstracto no puede extenderse, evidentemente, a todos estos comportamientos. Debería limitarse a las infracciones consistentes en violaciones ético sociales o religiosas y a los injustos administrativos o de orden sometidos indebidamente por el legislador al Derecho penal. Esta propuesta carece por el contrario de fundamento respecto a los delitos de peligro hipotético, a cuyo estudio se dirige esencialmente esta contribución.

III.—En la consideración histórico dogmática de los delitos de peligro presenta un interés especial la aportación de Karl Binding en la que se encuentran las raíces, no siempre recordadas con justicia, de su transformación en la doctrina actual (8).

Binding hace de la norma el centro de gravitación del sistema penal. El delito es infracción de la norma jurídica. La desobediencia a la norma es momento constituyente general del delito. Binding distingue tres modalidades de normas: a) las normas, tanto prohibiciones (*Verbot*) como mandatos (*Gebote*) por las que se trata de impedir la producción de ciertas modificaciones en el mundo jurídico. La forma más simple es cuando la norma prohíbe la modificación en cuanto tal, como cuando formula la prohibición de matar a otro, de sustraer una cosa o de menoscabar la integridad territorial del Estado. Para estas normas Binding reserva la designación de prohibiciones de lesión (*Verletzungsverbote*); b) las normas prohibitivas de acciones que suponen el peligro de causar un resultado lesivo. Estas normas prohíben

---

(8) V. *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. I., reimp. de la ed. 4.ª 1965. La exposición sintetiza las tesis tomadas en cuenta para proponer la categoría de los delitos de peligro hipotético.

la acción peligrosa en cuanto tal. De faltar el peligro la acción no es injusta. Tales normas se designan como prohibiciones de peligro (*Gefährdungsverbote*); c) finalmente, se refiere Binding a otra clase de normas, que sólo de forma remota pretenden neutralizar resultados no deseables. Estas normas surgen en las fuentes frente a acciones que generalmente implican un peligro para determinados bienes. Pero la acción no se prohíbe sólo cuando es particularmente peligrosa, sino también cuando no lo es; o sea, con indiferencia de si en la situación concreta su peligrosidad puede ser o no verificada. Para este sector reserva Binding la denominación de simples prohibiciones (*Ich nenne sie deshalb Verbote schlechthin*). En este grupo no es precisa la producción de una lesión ni la presencia de una acción peligrosa, de modo que la más tenue acción preparatoria de la alta traición, la desatención formal al horario de cierre por el comerciante, la más inocua comunicación de los secretos de un particular por un funcionario, etc., se someten a pena solamente por la desobediencia normativa que implican. La pena es aquí pena de la desobediencia (*Ungehorsamsstrafe*) (9).

La teoría del delito reproduce linealmente la teoría de la norma en sentido lógico formal. La infracción de la norma es momento general constitutivo del delito. Este es violación culpable del derecho estatal a la obediencia (*schuldhaften Verletzung des Rechts auf Böt-mässigkeit*). Esta definición, señala Binding, posee carácter puramente formal. El marco de la desobediencia puede ser sustancialmente colmado de formas muy diversas, lo que pone de relieve que el delito no se agota en la violación de un deber normativo reconocido por el Estado. Por el contrario, Binding advierte que, si bien todas las prohibiciones tienen una finalidad común —la evitación de determinadas modificaciones en el mundo del Derecho—, la consecución de este fin trata de lograrse con medios diversificados. Media un contraste profundo entre las prohibiciones de lesión y de peligro, por un lado, y las prohibiciones puras, por otro. En las primeras está presente un objeto de ataque ulterior al derecho a la obediencia. Los delitos de lesión y de peligro son delitos de ataque (*Angriffsdelikte*), en los que el objeto de ataque está plenamente determinado. Por el contrario, en las prohibiciones puras tal objeto de ataque se encuentra ausente por completo (10).

Los delitos de lesión (*Verletzungsdelikte*) presentan un doble momento constitutivo. Además del momento general, común a todo delito, de la desobediencia antinormativa, requieren la producción de un resultado dañoso, o sea, de un menoscabo real para la existencia del bien jurídico. En ellos es la desobediencia el medio reprochable para la lesión del bien jurídico, como frustración de la finalidad que la norma trata de lograr. Paralelamente, los delitos de peligro (*Gefährdungsdelikte*) ofrecen también tal doble momento constituyente, pues no reclaman sólo la desobediencia a la norma jurídica, sino ulteriormente la peligrosidad de la acción.

(9) V. *loc. cit.*, págs. 111 y ss.

(10) V. *loc. cit.*, págs. 364 y ss.

La noción de peligro ofrece en Binding peculiaridades que han originado interpretaciones precipitadas y graves malentendidos, pese a hallarnos aquí con una de las contribuciones más brillantes y profundas de la teoría general. Binding niega la existencia de delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro se requiere como momento necesario una acción básica peligrosa. Pero por peligro no entiende Binding únicamente lo que actualmente se denomina «peligro concreto», es decir, una consecuencia o estado originado por la acción y ulterior a ella. Por el contrario, es identificada también como un peligro la acción que, según un juicio de probabilidad, en caso de producirse el contacto entre ambos, es idónea para producir una lesión en el bien jurídico protegido. Para Binding, pues, la misma acción peligrosa es caracterizable como peligro. Esta amplificación ha sido criticada en la literatura (11), pero hay que reconocer que aunque comprenda en una unidad genérica superior el desvalor de acción —la acción peligrosa— y el desvalor de resultado —la consecuencia peligrosa— contribuye a una delimitación de la responsabilidad digna de consideración.

De acuerdo con ello, niega Binding la existencia de delitos de peligro abstracto. A diferencia de lo que ocurre en las infracciones de mera desobediencia, todo delito de peligro es de peligro concreto. Y no puede oponerse a esta construcción que el peligro es una noción carente de realidad, como han sostenido algunos representantes de una noción mecánica de causalidad, afirmando que si el peligro origina una lesión, falta lo específico del peligro, o que si se disipa sin causarla, se posee la prueba de la falta de peligro. Binding recuerda la expresión de Clausewitz de que la guerra es el escenario del peligro. Y como la experiencia enseña, hay acciones que bruscamente se transforman en daños para los bienes jurídicos. En igual sentido es impugnada en las *Normas* la tesis de que en ocasiones el peligro se presume *iuris et de iure* por el legislador y de que entonces basta que la acción sea abstractamente peligrosa, pues el peligro es esencial siempre a este grupo de delitos.

En el sentido de las *Normas*, el peligro es en todo caso una situación real que compromete la estabilidad del objeto de protección. Es siempre conmoción (*Erschütterung*) de la seguridad de su existencia. La aplicación de un medio idóneo contra el objeto protegido significa siempre la producción del peligro. Es esta una idea capital de la concepción que transcribimos. Por ello —se afirma—, la producción del peligro no necesita nunca presumirse, pues en tal caso ha acontecido indiscutiblemente. La acción se encuentra prohibida precisamente porque resulta peligrosa (12).

En orden a la aclaración del significado material de la construcción, pone Binding de relieve la posibilidad de que el autor, directamente o por medio de otras personas, prive desde un principio a la acción de su peligrosidad. La acción peligrosa carente del aguijón del peligro sería una contradicción *in adiecto*. La norma prohibitiva del

(11) V. BREHM, W., *cit.*, págs. 57 y ss.

(12) V. BINDING, K., *cit.*, págs. 368 y ss.

peligro no puede por ello comprender tal acción. Todo delito de peligro se halla prohibido bajo la reserva tácita de que ese contraefecto no tenga lugar. En tales casos, una ley que no prestara atención a las medidas de seguridad adoptadas por el autor y estableciese una presunción *juris et de iure* de que la ejecución de la acción, externamente caracterizada, implica un peligro consumado o intentado, difícilmente podría sustraerse a la censura de injusticia. La pena de los delitos de peligro afectaría igualmente entonces a la acción peligrosa y a la carente de peligrosidad, tanto a quien enciende fuego en la costa poniendo en peligro la navegación, como a quien realiza la acción previo advertir pertinentemente de su propósito a los navegantes que pudieran tomar contacto con la zona iluminada. En tales supuestos, se impondría la pena desigualmente tanto al delito de peligro como a la mera desobediencia exenta de peligrosidad.

En la exposición ofrecida en las *Normas* es reclamada, además, como momento conceptual propio de los delitos de peligro, la posibilidad de un contacto entre acción peligrosa y objeto de protección. Esta indicación posee máximo valor. Anticipa en el tiempo la idea, sostenida en la actualidad por Gallas, de que en los delitos de peligro es elemento necesario la posibilidad de la producción del peligro para el bien jurídico protegido, pues los delitos de peligro abstracto son, interpretativamente, delitos de peligro posible (13).

Las tesis de Binding poseen una riqueza de matices que no siempre ha sido advertida por la doctrina convencional. La síntesis efectuada, limitada a los aspectos esenciales de la exposición contenida en las *Normas*, pone de relieve que, en primer término, Binding selecciona las infracciones de desobediencia, como delitos que no están conectados al concepto de peligro. En ellos el peligro es sólo, o a lo sumo, motivo del legislador. En los propios delitos de peligro, por el contrario, se requiere siempre la presencia de un acto peligroso. Y en ello son integrados no solamente los delitos de peligro concreto, según la designación usual, sino también las acciones idóneas para la producción del peligro, bien que bajo la reserva de la posibilidad de un contacto entre ellas y el objeto de protección. En la posición de Binding, como se podrá comprobar después, están prefigurados algunos extremos importantes de la reconstrucción de los delitos de peligro en la actualidad.

IV.—El sentido de esta reconstrucción es doble. En primer término pretende restringir la difusión indebida de la responsabilidad que origina la doctrina convencional. Esto trata de lograrse incorporando al tipo de los delitos de peligro hipotético por vía interpretativa, es decir, dentro de los límites del principio de legalidad, la exigencia de que la acción sea positivamente peligrosa. Debe adelantarse que esta posibilidad está únicamente abierta en los delitos de peligro posible —o hipotético— hallándose excluida en las violaciones ético

(13) V. GALLAS, W., *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag*, 1972, pág. 179.

sociales o religiosas y en los injustos administrativos arbitrariamente criminalizados por el legislador. En segundo lugar, la reconsideración de los delitos de peligro abstracto intenta también ponerlos en conexión con las transformaciones recientes de la teoría general del delito, en la que se aprecia ante todo la pretensión de superar los resultados a que ha llegado el sistema finalista en la definición de la tipicidad. Para el finalismo, el dolo circunscribe la tipicidad. Es un elemento subjetivo de lo injusto por el que se delimita la tipicidad de la acción causal del resultado. En la dogmática más reciente, se procede a exigir, dentro del propio tipo objetivo, previamente al dolo típico, por tanto, la necesidad de que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido (14).

En la evolución más reciente, destacan algunos puntos de vista acerca de los delitos de peligro abstracto que deben ser expuestos antes de pasar a ofrecer la propia posición (15).

A) Cramer se ha ocupado en ocasiones diversas de la estructura de los delitos de peligro abstracto (16). Su posición actual se halla reflejada, sin embargo, en la reelaboración de la materia contenida en las ediciones últimas del *Kommentar* de Schönke-Schröder, posición que pasamos brevemente a sintetizar.

El legislador, indica Cramer, con referencia al estado previo de la cuestión, tras los precedentes pasos de Schröder (17), toma en cuenta la existencia de acciones que son generalmente peligrosas, procediendo a establecer su prohibición jurídica penal. Se trata aquí de los delitos de peligro abstracto, que a diferencia de los de peligro concreto, no requieren que un objeto particular de ataque sea afectado por la acción en su existencia o seguridad. El peligro efectivo no pertenece como elemento formal configurador a esta clase de delitos, entre los que se hallan figuras diversas del Código penal y numerosas contravenciones administrativas al orden de la colectividad. En los delitos de peligro abstracto ha procedido Schröder, sin embargo, a establecer una subdistinción entre aquellas figuras en que la concordancia formal entre acción y descripción legislativa conduce sin más a la afirmación de la tipicidad y los delitos en que ha de ser verificada judicialmente la idoneidad de la acción para la producción de un peligro del bien jurídico protegido. En el Código penal español corresponde a este

---

(14) V. GALLAS, W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*; TRIFFTERER, O., *Die «objektive Voraussehbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs) — unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, en *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, págs. 155 y ss., y 201, respectivamente.

(15) En la literatura penal española, la crítica del grupo se efectúa ante todo en los trabajos de ESCRIBA GREGORI, CÓRDOBA RODA y BARBERO SANTOS, cit. en nota 1. En general, domina en los Manuales y Tratados el punto de vista convencional. Igual sucede en Italia, donde la tesis de que los delitos de peligro abstracto son infracciones en que el peligro se presume *iuris et de iure* puede estimarse dominante.

(16) V. *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, 1962.

(17) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., n. 3.

modelo el delito del artículo 346 Código penal, y correlativamente, los contenidos en los artículos 322 y 323 del Proyecto de Código penal de 1980. No basta en estos casos comprobar la coherencia formal de la acción con la descripción legislativa, sino que es preciso, por el contrario, establecer judicialmente la nocividad de la conducta para la salud pública. Para estas hipótesis legales ha propuesto Schröder la designación de delitos de peligro abstracto-concreto. En ellos la ley no se limita a describir una acción generalmente peligrosa según un juicio de experiencia, pero tampoco reclama, como en los delitos de peligro concreto, la verificación del peligro efectivo para el bien jurídico. Es preciso, en tales situaciones, que sean comprobadas las propiedades de la acción que permiten considerarla apta o idónea para producir, en su caso, un peligro real para el objeto de protección. Este grupo contiene, por tanto, una subespecie de los delitos de peligro abstracto, que en su sentido más general no exigirían del juez tal comprobación ni dejarían tampoco margen para la apreciación de la peligrosidad del comportamiento. En los genéricos delitos de peligro abstracto, a diferencia de los delitos de peligro abstracto-concreto, la falta de peligrosidad del acto no influiría, pues, en la existencia de delito. Cramer ejemplifica esta situación acudiendo al supuesto de la difusión de escritos u objetos pornográficos a menores de dieciocho años, delito que no dejaría de existir en el caso particular de que la entrega se realizase a una menor edad que, en atención a su amplia experiencia sexual, no pudiera experimentar peligro alguno en su evolución sexual personal (18).

Previo exponer la situación del problema, en el sentido indicado, Cramer afirma que también debe negarse la tipicidad de la acción cuando pese a su coincidencia formal con la figura de delito, no puede conducir, de acuerdo con la experiencia humana, a la producción del resultado que el legislador pretende neutralizar, o sea, cuya evitación constituye la *ratio legis* del tipo. El problema de cuándo se encuentra presente un tipo de delito que permite esta comprensión es una cuestión interpretativa. El examen de la figura singular de delito decidirá si es posible someterla a esta orientación teleológica, que la sustrae, junto a los delitos de peligro abstracto-concreto, del área más amorfa o genérica de los delitos de peligro abstracto en el sentido de la concepción tradicional. En los delitos de peligro para la vida, salud, evolución espontánea de la sexualidad, etc., el tipo formal del delito ha de ser circunscrito o delimitado, según esto, en el sentido de que las acciones inapropiadas para hacer peligrar el objeto de protección no deben estimarse punibles. La conclusión ha de ser diversa, sin embargo, en los delitos de peligro abstracto orientados hacia bienes jurídicos suprapersonales, como la estafa de crédito o de subvenciones del Código penal alemán, en las que la doctrina dominante no ve únicamente ataques al patrimonio, sino delitos de peligro para el crédito público, o para la institución social del crédito (19). En general, este punto

(18) V. *loc. cit.*, n. 3 a), en relación con el párrafo 184 del C. p. alemán.

(19) V. *loc. cit.*, n. 3 a).

de vista deberá tenerse presente en los delitos de peligro abstracto propios del Derecho penal accesorio. En ellos la restricción de la tipicidad que, en sentido teleológico, es propuesta por Cramer, no tendrá viabilidad. Dentro de esta falta de viabilidad se hallan, a su juicio, las infracciones en materia de seguridad del tráfico o de protección del medio ambiente, en las cuales no se trata ya de prohibir una acción individual peligrosa, sino de controlar una conducta generalizada que puede producir menoscabos indeterminados para los bienes jurídicos. En tales supuestos, la falta de peligrosidad de la acción singular para el bien jurídico protegido deja intacta la tipicidad (20).

La posición de Cramer implica, por tanto, el reconocimiento de la existencia de tipos de delito contruidos haciendo abstracción de que se produzca un peligro e, incluso, de que la acción singular sea peligrosa, es decir, adecuada para determinar su producción. En estos generales delitos de peligro abstracto no influye en la responsabilidad el dato de que la acción carezca de peligrosidad. Pero esto no sucede, por el contrario, si se consigue acreditar mediante interpretación que el sentido del tipo es neutralizar acciones peligrosas, es decir, acciones adecuadas para la producción de un menoscabo en el bien jurídico que venga en consideración. Cramer establece, pues, una zona especial o exceptuada frente a la teoría convencional de que el peligro es mero motivo del legislador en los delitos de peligro abstracto. Entendemos que se produce de esta forma una aproximación material con las proposiciones de Binding, pues entre los delitos que exigen un peligro concreto y los que materialmente son extraños a la idea de peligro surge un conjunto caracterizado por la necesidad de que la acción sea sustancialmente peligrosa. Binding incluía esta hipótesis en los delitos de peligro concreto, puesto que rechazaba la categoría del peligro abstracto. Cramer admite la existencia de delitos de peligro abstracto, pero selecciona dentro de ellos los tipos que, aun no exigiendo un peligro efectivo, tampoco se agotan en la coincidencia formal entre acción y descripción típica, al exigir la verificación judicial de la idoneidad de la acción para la producción del peligro, bien porque expresamente se reclama del Juez esta operación, bien porque esa aptitud del comportamiento sea implícitamente requerida por el tipo (21).

En sentido correlativo debe posiblemente entenderse la tesis de Escrivá Gregori, quien sobre la base del análisis lingüístico de los tipos, propone distinguir entre delitos de peligro explícito, en los que la producción del peligro es elemento formal del tipo, y delitos de peligro implícito. El tipo no es solamente descriptivo, afirma, sino que contiene una valoración: describe conductas humanas valoradas. En determinados tipos no se exige expresamente el peligro, pero éste es característica implícita perteneciente al tipo. La tesis de que los delitos de peligro abstracto se convertirían, mediante un análisis correcto del lenguaje, dentro del ámbito de su propia terminología, en delitos pertenecientes al grupo opuesto de los delitos de peligro abstracto, no

---

(20) V. *loc. cit.*, n. 3 a).

(21) V. *loc. cit.*, n. 4.

coincide ya con el criterio de Cramer, mostrando afinidades con el punto de vista de Gallas que exponemos a continuación (22).

B) En la investigación dogmática reciente, presenta un elevado interés la tesis sostenida por Gallas (23). Los delitos de peligro abstracto reclaman un desvalor de acción constituido por el comportamiento peligroso para el bien jurídico protegido. En ellos no es preciso, frente a los delitos de peligro concreto, un peligro real o efectivo para el objeto de protección. Los delitos de peligro abstracto son, en su opinión, delitos de peligro posible. En ellos ha de determinarse mediante un juicio *ex ante* si la acción es en las circunstancias singulares en que se realiza peligrosa para el objeto de protección. En tales delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento es condición necesaria y, a la par, suficiente. La producción del resultado peligroso no es necesaria en este grupo de delitos. La tipicidad depende de la peligrosidad general de la acción, es decir, de que pueda temerse de ella el menoscabo de un bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto son un estadio previo de los de peligro concreto, de igual modo que éstos implican una fase previa a la producción de la lesión. En ellos no es la peligrosidad de la acción simple motivo del legislador, sino un dato que hace posible su subsunción en el tipo. De acuerdo con ello se produce una aproximación entre delitos de peligro concreto y abstracto. El punto de contacto entre ambas categorías viene dado por el hecho de que el juicio de peligrosidad se basa en las propiedades materiales del hecho concreto, mientras que el pronóstico inmanente al concepto de peligro contiene un elemento de generalización y de abstracción. La tesis de Gallas implica por ello una rectificación importante de la teoría convencional (24).

V.—El criterio de que en los delitos de peligro abstracto se contienen figuras de delito que poseen naturaleza diferenciada, o fenómenos con peculiaridades que no toma en cuenta la dirección tradicional, ha de ser examinado de forma más precisa, antes de pasar a la ordenación dogmática de los criterios sugeridos.

A) Históricamente, el Derecho penal ha sido utilizado para reforzar con la pena criminal prohibiciones ético religiosas o ético sociales. En el primer sentido, se orientaba en el Derecho penal del Antiguo Régimen el *crimen lesae maiestatis divinae*, el delito de brujería, o la sanción penal de infracciones del Decálogo, como la contenida en la Novísima Recopilación respecto al juramento del nombre de Dios en vano (25). Ha sido más dilatado el recurso a la pena criminal para fortalecer la prohibición de violaciones morales o de la ética social, frente a acciones no peligrosas para los bienes jurídicos. El contraste actual entre las concepciones «liberal» y «autoritaria» afecta ante todo al problema de si cabe acudir a la pena criminal para controlar con-

(22) V. *loc. cit.*, págs. 69 y ss.

(23) V. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, cit., pág. 181.

(24) V. *loc. cit.*, págs. 183 y ss.

(25) 1. VI, tít. V, Lib. XII.

ductas contrarias a la moral (26). En el sistema penal español era este el sentido de la prohibición de la propaganda de anticonceptivos contenida en los núms. 4.º y 5.º del derogado art. 416 del Código penal. Este sentido posee probablemente el tipo del artículo 432, en el que se somete a pena criminal la exposición o proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública por medio de la imprenta u otro medio de publicidad, figura de delito de que prescinde el Proyecto de Código penal de 1980. Y en igual dirección se considera generalmente que opera la prohibición de la difusión de escritos u objetos pornográficos a personas adultas, una acción en la que la literatura criminológica especializada no logra descubrir un real bien jurídico a que se dispense protección. A juicio de Goldstein y Kant el hecho no posee virtualidad para producir daño alguno a los bienes jurídicos. La discusión político criminal del problema de la pornografía se orienta en favor de la llamada «tesis catártica», que estima que la difusión de escritos, films, discografía, etc., de carácter pornográfico favorece la sublimación de tendencias sexuales antisociales, que pueden dar lugar a delitos de violación, abusos sobre menores de edad, etc. (27). En lo concerniente a la pérdida de carácter penal de la homosexualidad entre adultos, el Derecho penal comparado camina hacia la unanimidad. No ocurre igual con el incesto. La tesis de Hommel, quien sostenía en Alemania en el siglo XVIII que no debía castigarse, pues aun siendo pecado para los cristianos; no causa un daño a nadie, sigue todavía siendo controvertida (28). La solución del Derecho penal español, reflejada en el párrafo final del artículo 434, de hacer del parentesco una circunstancia de agravación del estupro de prevalimiento, no tiene concordancia en el Derecho comparado. Frente a la supresión general de la punibilidad del incesto, irreflexivamente acordada por la ley 46/1978, de 7 de octubre, reacciona ahora el Proyecto de Código penal de 1980 en el artículo 281. En igual sentido se orienta la reforma del Derecho penal inglés. En ella el incesto es puesto también bajo pena criminal, sobre la base de argumentos primordialmente éticos, pues en realidad no ha logrado acreditarse con la exigible seguridad que en la acción está presente un peligro para la prole, lo que exigiría pruebas genéticas de las que por ahora se carece (29).

---

(26) El Proyecto Oficial alemán de 1962 no consideraba imposible acudir al Derecho penal para sancionar violaciones de la ética. Contra este punto de vista, el Proyecto Alternativo, parágrafo 2, asigna a la pena y las medidas de seguridad la función de proteger los bienes jurídicos y conseguir la resocialización del autor. Contra una concepción ético-metafísica o moralizadora del Derecho penal, GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, páginas 105 y ss.

(27) V. GOLDSTEIN, M. J., KANT, H. S., *Pornografía e comportamiento sessuale deviante*, 1978, págs. 210 y ss.

(28) V. ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. MUÑOZ CONDE, F., y LUZÓN PEÑA, D., págs. 26 y ss.

(29) V. CARD, R., *The Criminal Law Revision Committee's Working Paper on Sexual Offences*, en *The Criminal Law Review*, 1981, pág. 371.

Este primer subgrupo de delitos de peligro abstracto, en tanto no se exige en ellos un peligro demostrado para un bien jurídico digno de protección jurídico penal, presenta, pues, peculiaridades que deben ser tomadas en consideración, no siendo correcto limitarse a una caracterización negativa que oscurezca u oculte sus problemas dogmáticos y político criminales (30).

B) En un segundo grupo de delitos de peligro abstracto tampoco depende la tipicidad de que la acción sea peligrosa para los bienes jurídicos. Los tipos que nos disponemos a verificar no requieren ni un resultado peligroso ni una acción *inmediatamente* peligrosa para un objeto particular de protección. Están aquí presentes, por el contrario, delitos de desobediencia, en el sentido de Binding, injustos administrativos criminalizados, o infracciones administrativas sometidas al Derecho penal. En el sistema penal español, deben atribuirse a este ámbito —entre otras figuras de delito— las contenidas en los artículos 340 bis c) y 343 bis.

En el caso de la conducción por vía pública de un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, la acción objetivamente correcta, permitida para quien esté provisto del permiso, se halla prohibida para quien carezca de él. Aunque la acción no sea idónea para originar ni incrementar el peligro para la seguridad del tráfico u otros bienes jurídicos es típica, sin embargo, en atención a su carácter general, no particularmente peligroso. El Proyecto de Código penal opta correctamente por su descriminalización.

En igual sentido se orienta la consideración de la expendición de medicamentos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias, prevista en el artículo 343 bis. En este caso, el Proyecto (art. 317) mantiene, por el contrario, la punibilidad. El acto de expender un medicamento carece de peligrosidad. Al realizarse sin cumplir las formalidades legales, surge únicamente una infracción administrativa, es decir, una vulneración de las medidas de policía farmacéutica preestablecidas para el mantenimiento del orden en este sector. En el despacho de insulina a una persona diabética que no aporta la receta es difícil ver un injusto de naturaleza penal. Está aquí presente, por el contrario, una criminalización abusiva de un injusto administrativo.

Este segundo grupo de delitos de peligro abstracto se distingue de las violaciones ético religiosas o ético sociales penalizadas, en que el tipo describe una acción desviante frente al orden pretendido en un peculiar sector social. La doctrina penal anglosajona las designa como *regulatory offences*. En el Derecho penal clásico se les mencionaba como delitos de mera creación legislativa, infracciones *mala quia prohibita*, en que el peso decisivo no se halla en la materia de la valoración, sino en la valoración de la materia por el legislador. En la actualidad se estima que tales hechos deben de ser atribuidos al Derecho administrativo, es decir, sustraídos al Derecho penal. Forman el campo de la descriminalización del injusto de orden, administrativo, gubernativo,

---

(30) Acerca de los presupuestos metodológicos del estudio, V. BREHM, cit., especialmente págs. 115 y ss.

de policía, etc., cuya caracterización dogmática ha producido «la desesperación de los juristas». En atención a su falta inmediata de peligrosidad y a su descolorida significación desde la perspectiva de una culpabilidad material deberían atribuirse a una ley general de infracciones administrativas (31).

C) Dentro de los delitos de peligro abstracto, en tanto no precisan un peligro real para el bien jurídico como *plus* ulterior a la acción, se hallan los que denominamos como *delitos de peligro hipotético*. En ellos es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador. Este grupo comprende muy diversas figuras de delito, entre las que se encuentran algunas pertenecientes al centro del Derecho penal. No puede, por tanto, coincidirse plenamente con Hippel, en el sentido de que los delitos de lesión forman el «bloque fundamental» del derecho punitivo (32).

Lo característico de este sector es implicar la posibilidad, no la realidad, del peligro para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible. La imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad. Y como probará el examen que se realiza a continuación, carece de sentido proponer la desaparición de tales tipos de delito del derecho criminal.

a) Es un delito de peligro hipotético la amenaza simple de los artículos 493, 2.º Código penal y 189, 2.º del Proyecto de Código penal de 1980. Si bien Binding estimaba la amenaza como delito de desobediencia, hoy predomina el criterio de tratarla como acción contra la libertad o la paz jurídica del amenazado. Eser, en el comentario de Schönke-Schröder, construye la amenaza como delito de peligro abstracto-concreto, que no requiere la puesta en peligro efectiva del bien jurídico, pero que reclama que la acción sea apropiada objetivamente, en atención a su peculiaridad y circunstancias, para producir una pérdida de confianza en la paz jurídica a una persona normal. Esta construcción de la amenaza determina que, aunque por la extraordinaria presencia de ánimo del sujeto pasivo, no se haya producido un peligro para su libertad de decisión o actuación, el delito no deje de hallarse presente. Inversamente, cuando la acción no es adecuada para hacer peligrar la libertad del amenazado, pero éste por su excesiva pusilanimidad, influenciabilidad o carácter supersticioso, es afectado en su tranquilidad, confianza en la paz jurídica o libertad personal, el delito no se puede afirmar. La amenaza no exige sólo la comprobación de que el acto es formalmente subsumible en el tipo, sino un enjuiciamiento teleológico, es decir, la comprobación de si en atención a sus propieda-

(31) Sobre el concepto material de culpabilidad, V. MUÑOZ CONDE, F., *Über den materiellen Schuldbegriff*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, págs. 64 y ss.; *Introducción a ROXIN, C., Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, págs. 13 y ss.

(32) HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, reimp. de la ed. de 1930, 1971, págs. 100 y ss.

des cabe reconocer su aptitud para hacer peligrar el objeto de protección (33).

Es también un delito de peligro hipotético el falso testimonio, en la forma del tipo básico del artículo 326, párrafo último Código penal, y del artículo 506, párrafo primero del Proyecto Código penal de 1980. Objeto de protección en el falso testimonio es el interés a la corrección y concordancia con el derecho objetivo de las resoluciones jurisdiccionales. No requiere el delito ni la lesión ni la puesta en peligro de este interés. Pero tampoco basta cualquier acción del testigo o perito formalmente coincidente con el tipo a los fines de la responsabilidad. El falso testimonio no es un delito de peligro abstracto en el sentido de la concepción convencional. Es también un delito de peligro hipotético, pues la tipicidad depende de que la declaración o el dictamen pueda afectar de algún modo al resultado de la prueba (34).

Especialmente interesante para verificar las características de los delitos que ahora consideramos es el tipo de la corrupción de menores, previsto en los artículos 452 bis b) del Código penal y 211 del Proyecto Código penal de 1980. La figura facilita la penetración de valoraciones puramente morales en el Derecho penal sexual. Pero la interpretación ha de reconducirla, sin embargo, a su territorio jurídico propio. El tipo no prohíbe sólo acciones discrepantes de las pautas ético sociales vigentes en el ámbito sexual. No es sólo una violación de la ética sexual que se sancione con pena criminal. Por el contrario, es un delito de peligro hipotético. Bien jurídico es aquí el interés a la evolución sexual natural, no mediatizada artificialmente por las intervenciones de terceros, de la juventud. Esta evolución ha de cumplirse en el intercambio dialéctico espontáneo, natural, del joven con su peculiar mundo circundante, sin ser artificiosamente configurada por la mediación de personas adultas (35). El sentido de la norma es prohibir acciones peligrosas para la evolución normal de la personalidad sexual.

Esta construcción determina que únicamente cuando la acción coincidente con el tipo sea peligrosa para el bien jurídico pueda sustancialmente afirmarse la tipicidad. La acción carente de peligrosidad para la evolución de la personalidad sexual del joven es, por el contrario, una acción atípica. Paralelamente, una acción no puede materialmente incluirse en el tipo si, estando ausente su aptitud para hacer peligrar el bien jurídico, conduce, excepcionalmente, a un peligro para el objeto de protección.

La ejemplificación efectuada es suficiente para percatarse del sentido de la categoría de los delitos de peligro hipotético.

VI.—En estos delitos está presente la situación fundamental característica del tipo penal. Este no es mera descripción de la acción, sino medio para neutralizar acciones peligrosas desvalorizadas por el Derecho penal. Es, pues, una realidad tridimensional. La tipicidad re-

(33) V. ESER, A., en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., parág. 241, n. 2.

(34) V. TORÍO LÓPEZ, A., *Introducción al testimonio falso*, en Rev. Der. Proc., 1965, pág. 11.

(35) En este sentido la j. p. Sala 2.ª, S. de 27-1-1981.

clama, en primer término, un momento *lógico*. En el tipo se describe formalmente, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, la acción relevante para el Derecho penal. En este primer momento el tipo opera en el sentido de la seguridad jurídica. Son irrelevantes las acciones no subsumibles formalmente en la descripción típica.

En segundo lugar, los delitos de peligro hipotético reclaman una ulterior dimensión. Exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro del objeto de protección. Esto no sucede, por el contrario, en los delitos de peligro abstracto consistentes en infracciones al orden ético social ni en los injustos administrativos o de orden que se someten indebidamente al Derecho penal. Los delitos de peligro hipotético son delitos de peligro posible. No requieren que la acción determine un peligro efectivo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro concreto. Pero sí reclaman que pueda originar un estado caracterizable como probabilidad de un daño o lesión. Por ello son atípicas las acciones que, desde la perspectiva del juicio de peligrosidad, aparecen como accidentales o irrelevantes, pese a hallarse formalmente comprendidas en la descripción típica. Incluso en el sentido del tipo del artículo 332 Código penal no puede estimarse presente un falso testimonio si el testigo se limita a declarar una edad inexacta, en tanto ésto no pueda influir de ninguna forma en el resultado de la prueba. No podría apreciarse tampoco el delito de amenaza en la exteriorización del propósito de recurrir a un medio fantástico para la producción de un daño al amenazado, incluso si éste por su carácter supersticioso experimenta una seria conmoción psíquica. Falta en tal caso el tipo del artículo 493, núm. 2.º. Binding negaba la existencia del abandono de niños cuando la acción se realiza en zona iluminada por la que transite gente, en una noche cálida, de modo que no pueda producir peligro en la situación concreta. Los delitos de peligro hipotético son formaciones jurídicas finalistas, en las que la tipicidad presupone el juicio *ex ante* de que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección. Presentan, pues, un característico plano *teleológico*.

Finalmente, contienen los delitos de peligro hipotético una dimensión normativa o valorativa. Está presente en ellos un momento *axiológico*. En estos delitos consiste la tipicidad en que la acción formalmente descrita en el tipo (a), apta según un juicio *ex ante* para producir un peligro (b) se halla en contradicción, o desvalorizada, por la norma base del tipo penal (c).

VII.—La fórmula propuesta conecta los delitos de peligro con el más reciente desenvolvimiento de la teoría del delito. La doctrina penal comenzó acentuando originariamente la naturaleza descriptiva del tipo. En realidad Beling no estableció nunca una separación radical entre tipo (*Tatbestand*) y norma (*Norm*), hasta el punto de que el tipo no presupusiera de alguna forma la antinormatividad de la acción. Por el contrario, Beling alude a «la teoría genial de las *Normas* de Binding, que si tiene todavía adversarios que la rehúsan, se desenvuelve sobre

fundamentos que constituyen verdades inconvencionales, por lo que su impugnación, nunca afortunada, apenas puede tomarse realmente en serio» (36). Entre el tipo y la norma existe una conexión efectiva, pues, en cierto sentido, «el tipo penal es un eslabón entre la norma y la ley penal» (37). Para Beling, «los tipos penales proporcionan las acciones jurídico penalmente relevantes, que en su antijuricidad, han de ser contrastados con las normas que se oponen a su realización» (38).

Esta conexión entre norma y tipo legal ha sido reafirmada nuevamente en la dogmática actual, corrigiéndose así una visión aislada y defectuosa de ambas realidades. Ha contribuido a ello la concepción del tipo como «materia de la prohibición jurídico penal» por la teoría finalista, destacando correctamente que el tipo contiene una valoración provisional, o de primer grado, de la acción, mientras que su desvaloración definitiva corresponde a la antijuricidad (39).

Esta progresiva recuperación de una concepción normativa, valorativa, del tipo constituye uno de los rasgos más sobresaliente de la dogmática contemporánea, en relación con la jurisprudencia de la valoración, como corriente metodológica peculiar de la actual ciencia del Derecho (40).

La ciencia positivista del Derecho penal está en la base de la doctrina del «motivo» del legislador, es decir, de la visión convencional de los delitos de peligro abstracto. Tal orientación posee carácter formal clasificatorio. Implica una supresión del momento material de este grupo de delitos y su atribución clasificatoria negativa, residual, al ámbito de las infracciones que no son de lesión ni de peligro concreto. El sentido del tratamiento del grupo en el presente, como pone la monografía de Brehm de relieve, es teleológico y valorativo (41).

En la línea de una dogmática teleológica, exige el criterio propuesto que la acción, según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección. En el sentido de una dogmática valorativa, se acepta el punto de vista de que el momento esencial, en los delitos de peligro hipotético, es de carácter eminentemente normativo. Lo decisivo en este grupo es, pues, la valoración como contraria al fin de la norma jurídica de la acción realizada por el autor. De modo forzosamente breve, ambas exigencias son consideradas a continuación.

VIII.—El concepto de peligro posee una característica elasticidad. Es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. Los tipos de los delitos de peligro se caracterizan

(36) V. *Die Lehre vom Verbrechen*, reimp. de la ed. de 1906, 1964, pág. 115.

(37) V. *loc. cit.*, pág. 120.

(38) V. *loc. cit.*, pág. 120.

(39) V. WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. de CEREZO MÉR, J., 1964, págs. 70 y ss.

(40) V. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., págs. 141 y ss.

(41) V. *Zur dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, cit., págs. 115 y siguientes.

por reclamar, bien formalmente —como en los llamados delitos de peligro abstracto-concreto—, bien mediante interpretación, una acción peligrosa como exigencia del tipo. En tales tipos no se determina legislativamente, sin embargo, el grado de peligro requerido como presupuesto de la tipicidad. La norma prohíbe sin duda la ejecución de una acción peligrosa, pero no establece —ni podría tampoco hacerlo dadas las innumerables circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto —qué grado de tendencia ha de poseer esa acción para la producción del resultado a fin de que se estime prohibida. La cuestión de si el tipo exige un grado de probabilidad próximo a la unidad o si, por el contrario, basta una tendencia mínima para que la acción sea subsumible en él adolece de un equívoco en su planteamiento. La teoría convencional de los delitos de peligro abstracto sostiene que pueden ser comprendidas en ellos acciones cuyo grado de tendencia sea incluso nulo, dado que el peligro es sólo motivo del legislador. Pero este criterio es incorrecto respecto a los delitos de peligro hipotético, que sólo prohíben acciones peligrosas para el bien jurídico protegido.

En la dogmática naturalista, mecanicista, del pasado siglo fue ya planteada la cuestión de cuándo un grupo de acciones podrían ser llamadas peligrosas. ¿Únicamente cuando pueden conducir a un daño o lesión en más del cincuenta por ciento de los casos? ¿Es suficiente, por el contrario, un porcentaje de riesgo menor? Para una compañía de seguros —indica Binding— esta consideración probabilística o de masa posee gran significación, pero para el Derecho penal y para el juez sólo la tiene la valoración individualizadora del caso particular (42).

Los delitos de peligro nunca reclaman un grado determinado, un coeficiente matemático exacto de peligrosidad del comportamiento. La acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar los bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo que el juez ha de decidir es si esa acción se encuentra jurídicopenalmente prohibida. Esta decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber ser.

En la observación profunda de Binding de que en los delitos de peligro el momento decisivo viene dado por la valoración individualizadora del hecho particular, se encuentra ya prefigurado el germen de la moderna teoría del fin de la norma.

También en el sentido de Binding, los delitos de peligro presuponen la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que éste no pueda entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad. Ocurre igual cuando el autor ha procedido pertinentemente a adoptar medidas que excluyan de antemano la posibilidad del peligro concreto. Binding recuerda el supuesto

(42) V. *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. I, cit., pág. 379, nota 21.

de quien advierte a los navegantes de su propósito de encender fuego en la costa, advertencia que neutraliza todo peligro para la navegación (43). En un ejemplo más discutible, Cramer estima que el tipo del párrafo 184 del Código penal alemán, relativo a la difusión a jóvenes de escritos u objetos pornográficos, no aparece cumplido cuando el sujeto pasivo es persona que posee amplia experiencia sexual (44). Igualmente, no existiría abandono de niños del artículo 488 párrafos primero y tercero, si el sujeto activo ha adoptado previamente las precauciones necesarias para que la vida o la salud del menor no corran ningún riesgo, advirtiendo tempestivamente a la autoridad o terceros jurídicamente obligados a actuar de la realización de la acción. Precisamente el tipo del abandono de niños muestra la necesidad de distinguir entre peligrosidad de la acción de abandono y resultado peligroso para el bien jurídico, al que alude el párrafo final del artículo 488, como realidades jurídicas diferentes.

En el caso de que la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección se encuentre excluida surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica.

IX.—Ha sido indicado que los juicios de peligrosidad son fundamentalmente juicios de probabilidad, que se desenvuelven entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. El grado de peligrosidad de una acción puede ser mínimo o, por el contrario, muy elevado. Los delitos de peligro hipotético exigen una acción idónea para originar un peligro para el bien jurídico, pero no establecen cuándo la acción posee el grado de peligrosidad preciso para ser sometida al Derecho penal.

Es evidente que la transposición a este campo de criterios estadísticos, matemáticos, resultaría improcedente. Únicamente cabe deducir de la exigencia de una acción peligrosa como momento del tipo que las acciones carentes de peligrosidad materialmente no pueden ser incluidas en él. La cuestión de cuándo ha de estimarse relevante, en sentido jurídico penal, una acción es un problema eminentemente valorativo. Como indicaba Binding, lo decisivo es aquí el enjuiciamiento valorativo del caso concreto, efectuado de forma individualizadora. La decisión de si las repetidas invitaciones a un funcionario público poco escrupuloso cumplen el tipo de cohecho activo, únicamente puede obtenerse mediante una apreciación valorativa de la situación concreta. En primer lugar, la acción ha de poder ser subsumida, en sentido lógico formal, en el tipo del artículo 391. En segundo término, ha de tratarse de acciones que objetivamente puedan estimarse medios idóneos para la perversión de la integridad de la función pública. En este momento se trata sólo de una consideración teleológica, es decir, de si según un juicio impersonal de pronóstico ese tipo de acción posee peligrosidad para el desenvolvimiento correcto de la función pública. El

(43) V. *loc. cit.*, pág. 386.

(44) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., antes del parág. 306, 3.º.

momento determinante, sin embargo, es valorativo. El tránsito de la acción socialmente tolerable, frente al comportamiento antisocial jurídicopenalmente desaprobado, se efectúa mediante un juicio de valor. Únicamente es típica la acción descrita legislativamente, peligrosa para el bien jurídico, desaprobada por la norma jurídica base del tipo penal.

Lo decisivo en esta clase de delitos es la apreciación valorativa del comportamiento como jurídicamente prohibido. No es sólo la verificación lógica de que la acción es formalmente coincidente con la descripción típica. No lo es tampoco la peligrosidad de la acción, abstractamente considerada, para el bien jurídico protegido. El momento decisivo viene dado en ellos por el contraste existente entre la acción y la norma prohibitiva de su ejecución.

Esta construcción es plenamente compatible con el principio *nullum crimen sine lege*, pues restringe, dentro de los límites trazados por él, la punibilidad en el sentido de una política criminal concorde con el Estado de Derecho.

La construcción no ofrece, por otra parte, ninguna novedad en el plano interpretativo. En los delitos presentados como ejemplo de las infracciones de peligro hipotético, como la amenaza simple, el cohecho, falso testimonio, abandono de niños o corrupción de menores, la jurisprudencia nunca ha operado de modo tan formalista que haya hecho equivalentes la subsunción en el tipo con la punibilidad de la acción. En los casos límite, es decir, con relación a los supuestos que no están comprendidos en la zona central de la norma, en que es cuestionable si la norma todavía opera prohibiendo la acción, la decisión ha sido siempre adoptada acudiendo a criterios valorativos. Interpretar es siempre descubrir si una hipótesis concreta se halla desvalorizada o no por una norma de derecho (45).

En este sentido, se orienta la moderna teoría del tipo. En la actualidad no se acepta ya la tesis de que en los delitos de resultado el enlace causal entre acción y resultado fundamenta sin más la tipicidad. Por el contrario, se distingue entre causación e imputación objetiva. La acción puede ser causal del resultado, hallarse comprendida en la descripción típica y, sin embargo, no ser objetivamente imputable, es decir, relevante en el sentido del tipo penal que venga en consideración. La tipicidad no queda fundamentada, en el homicidio, verificando únicamente que una acción ha causado el resultado mortal. Es preciso, además, que la causación sea jurídicopenalmente relevante, u objetivamente imputable, de acuerdo con el sentido del tipo penal. Únicamente son objetivamente imputables aquellas conexiones causales que la norma base del tipo pretende, precisamente, prohibir. En el ámbito del homicidio no basta que cualquier acción —por ej., un empujón— de hecho haya determinado la muerte. Pues el sentido de la norma jurídica base del tipo del homicidio no es prohibir cualquier acción, sino acciones objetivamente peligrosas para la vida humana. En el área de la estafa, tampoco pretende la norma prohibir toda desviación de la verdad de la parte procesal, sino comportamientos procesales

(45) V. LARENZ, K., *loc. cit.*, acerca del criterio de COING, pág. 143.

adecuados para introducir un peligro en el resultado de la prueba. Únicamente la acción de la parte procesal que según un juicio de pronóstico intensifica de forma relevante el peligro de una decisión judicial errónea, puede entenderse desvalorizada desde la perspectiva de la estafa, es decir, ser enjuiciada como caso perteneciente al ámbito de la llamada estafa procesal. De concederse que cualquier acción de la parte procesal, cualquier negación o afirmación discordante de la verdad, puede ser típica sin más en el sentido de la estafa, la figura de la estafa procesal podría adquirir todavía una extensión más desmesurada (46).

Objetivamente imputables son aquellas causaciones comprendidas en el fin de la norma. La norma jurídica no prohíbe cualquier acción, sino únicamente acciones peligrosas para los bienes jurídicos. La causación del resultado mediante una acción no peligrosa es, sin embargo, atípica. La comprobación de la tipicidad en los delitos de resultado exige, en primer término, establecer que la acción ha causado el resultado, encontrándose por ello formalmente comprendida en el tipo. Después reclama la verificación de que la acción, según un juicio de pronóstico, es apta para originar un peligro para el bien jurídico protegido, peligro que progresivamente ha conducido a la producción del resultado. Por último, implica también la valoración de la acción peligrosa como comportamiento antinormativo, es decir, comprendido en el ámbito de las acciones que la norma pretende prohibir. Este último momento puede, por ejemplo, conducir a la conclusión de que la acción causal del resultado no está, en último término, comprendida en la norma prohibitiva del homicidio, sino de los malos tratos de obra o de las lesiones (47).

Esta construcción de la tipicidad no conduce a consecuencias diferentes de la teoría de la adecuación típica, teoría difundida en nuestro país al haber sido aceptada por Mezger como criterio preferible en materia de causalidad. La adecuación al tipo de la conexión causal entre acción y resultado, es decir, la relevancia jurídica penal de esta conexión es una exigencia de la responsabilidad. Consiste en un juicio valorativo o normativo sobre la inclusión de la acción en el tipo. Lo fundamental es si el sentido del tipo es extenderse a la conexión causal que se considere. Aquí no se trata sólo de la subsunción formal del acontecimiento en el tipo, ni tampoco de decidir el problema a la vista de si la acción causal del resultado era adecuada para producirlo —no se olvide que Mezger no acepta por razones científicas la teoría de la adecuación—, sino de si el enlace entre acción y resultado es jurídica-

---

(46) La necesidad de delimitar en el sentido del principio *nullum crimen sine lege* los elementos de la estafa —especialmente significativa con relación a la denominada estafa procesal— ha sido destacada por NAUCKE, W., *Zur Lehre vom Strafbaren Betrug*, 1964, págs. 191 y ss.

(47) V. sobre el problema, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, parte general, V. I, trad. de MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., 1981, páginas 389 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, p. general, 1977, páginas 299 y ss.

mente relevante, es decir, importante a la vista del tipo de que se trate (48).

La teoría del fin de la norma y la de la adecuación típica han sido propuestas para solucionar la cuestión de la tipicidad en los delitos de resultado. Trátase de expedientes dogmáticos con los que pretende restringirse la responsabilidad por la causación de un resultado dentro de límites jurídicamente sostenibles. En último término, se trata de decidir la cuestión de la responsabilidad en sentido fundamentalmente valorativo. La pregunta fundamental versa, pues, sobre si el sentido de la norma base del tipo es prohibir acciones como la que es objeto de enjuiciamiento. Ningún peligro para la seguridad jurídica puede derivar de esta construcción, dado que la valoración se cumple dentro del marco trazado por el principio *nullum crimen sine lege*.

En la dogmática contemporánea, la doctrina del fin de la norma —de igual modo que la teoría de la adecuación típica— se presentan como instrumentos teóricos que operan ante todo sobre los delitos de resultado. El presupuesto metódico de este trabajo es, por el contrario, que dichas categorías o expedientes dogmáticos poseen virtualidad general, es decir, que desvuelven su función con relación a toda clase de delitos. La *valoración del caso individual*, como genialmente indicó Binding, es lo decisivo en los delitos de peligro.

La designación «delitos de peligro hipotético» ha sido empleada por entenderla preferible a la de «delitos de peligro posible», utilizada por Gallas. «Delitos de peligro posible» equivale también a delitos de peligro contingente, con lo que lingüísticamente tal expresión no caracteriza suficientemente al sector de delitos de peligro abstracto en que, a diferencia de los delitos de peligro concreto, no se requiere un peligro efectivo, aunque sí una acción peligrosa jurídicamente desaprobada por la norma base del tipo penal (49).

Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo.

De este modo, los delitos de peligro abstracto experimentan una aproximación considerable a las orientaciones dogmáticas del presente, donde la peligrosidad de la acción se considera, por importantes sec-

(48) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, Trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1955, págs. 242 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte general*, 8.ª ed., 1981, pág. 362.

(49) V. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, cit., pág. 181.

tores de la doctrina, como momento propio del tipo objetivo de toda clase de delitos (50). La posición acogida en este trabajo no coincide plenamente con este criterio, pues en aquellos delitos de peligro abstracto que consisten sustancialmente en violaciones de la ética social o en infracciones administrativas criminalizadas, se está ante formaciones jurídicas en que la acción típica no precisa, por el contrario, ser peligrosa para un bien jurídico significativo para el Derecho penal. En tales casos, la irregularidad que supone acudir a la pena criminal no puede ser corregida por vía dogmática, sino en sentido político-criminal. En tanto que los delitos de peligro hipotético poseen una legitimidad político-criminal apenas discutible, los delitos de peligro abstracto que consisten en violaciones de la ética social o que sustancialmente son injustos administrativos o contravenciones al orden de la comunidad deberían ser objeto de descriminalización.

---

(50) V. TRIFFTERER, O., *loc. cit.*, pág. 221.

