

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Peligro y peligrosidad *

HANS-JOACHIM HIRSCH

Profesor de la Universidad de Colonia

I

Como es sabido, Binding exordia sus aportaciones sobre el concepto de peligro con las palabras: «hay conceptos jurídicos que a pesar de ser imprescindibles son peligrosos. Al ser de difícil comprensión se interpretan erróneamente y por lo mismo se hace mal uso de ellos» (1). En general, y a pesar de algunas meritorias y útiles investigaciones (2), esto no ha cambiado sustancialmente. Así Roxin recientemente ha afirmado que la investigación sobre los delitos de peligro se encuentra «aún en sus

* Título original «Gefahr und Gefährlichkeit», publicado en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Editores FRITJOF HAFT, WINFRIED HASSEMER, ULFRID NEUMANN, WOLFGANG SCHILD y ULRICH SCHROTH (C.F. Müller) Heidelberg, 1993, pp. 545-63. Traducción de ESTEBAN SOLA RECHE (Universidad de La Laguna).

(1) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. IV, 1919, p. 374.

(2) De los últimos tiempos v. especialmente CRAMER, *Der Vollrauschatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962; LACKNER, *Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967; SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), pp. 7 ss.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, 1972, pp. 171 ss.; HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973; BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, 1973; SCHROEDER, «Die Gefährungsdelikte», suplemento *ZStW*, Caracas, 1982; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980; HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989; DIMITRATOS, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, 1989; GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991.

comienzos» (3). Esta situación es tanto más confusa cuanto, en las últimas décadas, han proliferado los tipos «de peligro» concreto y abstracto, y también ha contribuido últimamente el desarrollo expansivo del Derecho de Contravenciones. Hay que resaltar además el creciente uso de los conceptos «peligro» y «peligrosidad» en la dogmática, especialmente en el ámbito de la teoría de la imputación, para la cual desempeñan un papel clave.

Es interesante constatar que la discusión actual tiene el centro de gravedad en un «escenario secundario de la contienda»: el del estado de necesidad. Tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante requieren que un bien jurídico se encuentre en peligro. La doctrina dominante quiere tomar como base el concepto de peligro que ella misma sustenta en los delitos de peligro (concreto) (4). Frente a esto, una corriente doctrinal cada vez más extendida reclama una objetivación reforzada de los §§ 34 y 35 StGB argumentando que, de otra manera, quien obrase en estado de necesidad resultaría excesivamente favorecido (5). También en relación con el estado de necesidad se ha dicho que para toda regulación se tiene que concretar el concepto de peligro independientemente, desde el punto de vista de su específica función (6). Esto sería la expresión de la moderna metodología normativo-funcional (7). Pero si se confirmara que es necesario partir de un concepto de peligro en la regulación del estado de necesidad distinto al que defiende generalmente la doctrina dominante, entonces sería razonable poner en cuestión inmediatamente si la controversia sobre el estado de necesidad no es sólo un síntoma de que hay algo general en la concepción dominante que no es correcto, o que, por su poca precisión conduce a la confusión material y terminológica de distintos fenómenos y a otras interpretaciones erróneas.

II

En hacer estado de necesidad la doctrina dominante habitualmente se limita a una remisión a la definición dada en los delitos de peligro (con-

(3) ROXIN, *Allg. Teil I*, 1992, § 11, marginal 113.

(4) DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 45.^a ed., 1991, § 34, marginal 3; JESCHECK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1988, pp. 237, 323 s.; LACKNER, *StGB*, 19.^a ed., 1991, § 34, marginal 2; MAURACH/ZIPF, *Allg. Teil I*, 7.^a ed., 1987, § 27, marginal 15; la jurisprudencia tampoco distingue.

(5) BLEI, *Allg. Teil*, 18.^a ed., 1983, p. 165; BOCKELMANN/VOLK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1987, p. 97; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, 24.^a ed., 1991, § 34, marginal 13, vor § 32 marginal 10a.

(6) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1991, 13/13, nota 27; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; DIMITRATOS (nota 2), p. 97, 163; también HIRSCH, *LK*, 10.^a ed., 1985, § 34, marginal 31.

(7) V. DIMITRATOS (nota 2), pp. 25 s., 106, 163, 176; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11 con nota 16.

creto). Según ésta, el peligro debe consistir en que «la producción de lesión aparezca como probable en las concretas circunstancias que concurren en el momento dado» *a posteriori* desde la perspectiva *ex ante* (8). Con la vista puesta en la problemática del estado de necesidad Schaffstein trata de hacer una precisión al respecto (9). Llega a la conclusión de que lo importante es la perspectiva objetiva *ex ante* de un observador inteligente, de las mismas condiciones que el autor (contando con los especiales conocimientos de éste), y que se encuentre en su misma situación en el momento del hecho (10). Lo cual significa que en el estado de necesidad el conflicto se resolvería unilateralmente, atendiendo a cómo se han desarrollado los hechos para el observador situado en la posición del sujeto necesitado. Por ejemplo, si desde la perspectiva de un observador objetivo situado en la posición del autor, el inofensivo humo que sale de una barbacoa parece un incendio que amenaza una casa vecina, el «necesario» uso para avisar a la policía del automóvil de una persona ajena a los hechos quedaría justificado por el estado de necesidad y, por tanto, habría de consentirlo por el perjudicado incluso en el caso de que éste haya apreciado correctamente la situación.

Contra una solución tal, sin embargo, se aduce que el estado de necesidad justificante otorga una facultad excepcional de agresión del bien jurídico ajeno y, por tanto no cabe descomponer el reparto de riesgo entre quien obra en estado de necesidad y el obligado a tolerar. Si además observamos la regulación de la legítima defensa, en ella se ve claramente que se requiere la existencia de una agresión. Entonces, la definición de peligro en caso de estado de necesidad que sostiene Schaffstein no se puede ajustar a la orientación de la legítima defensa —ni a los fundamentos de las otras causas de justificación generales— desde una objetivamente existente situación de conflicto (11). Sobre todo porque regularmente

(8) V. nota 4. Sobre la definición dominante de peligro, cfr. JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237 y las referencias jurisprudenciales allí contenidas.

(9) SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschr.*, 1978, pp. 89 ss.

(10) Loc. cit., pp. 105 ss. Mientras que para la mayoría de los autores la posición del observador objetivo queda imprecisa, aunque mucho hace pensar que se le sitúa en el lugar del sujeto activo, también ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschr.*, 1974, pp. 393, 402, y RUDOLPHI, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.*, 1989, pp. 371, 384, se centran expresamente en la situación de la acción para la fundamentación de las causas de justificación. Igualmente DIMITRATOS (nota 2), p. 171, estima que en el estado de necesidad es decisiva la posición concreta del autor. Así también HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 27.

(11) El ordenamiento jurídico únicamente prescinde de la existencia real de la situación cuando, debido a causas especiales, estima suficiente el debido examen de la existencia objetiva. Así, por ejemplo, los ataques justificadamente legítimos (cfr. la justificación en HIRSCH, *LK* vor § 32, marginales 146 ss.) y § 193 StGB. De la situación de justificación hay que distinguir la cuestión de la necesidad de la correspondiente acción del autor. Para ésta se trata de un elemento de la acción indicada, de manera que la evaluación de un observador inteligente en la situación del autor es suficiente para la existencia objetiva.

en el estado de necesidad justificante hay que recurrir a un bien jurídico ajeno como víctima. Hay que añadir, además, que el estado de necesidad defensivo próximo a la legítima defensa está incluido en el estado de necesidad justificante, de modo que para éste, como para la legítima defensa, una supuesta agresión tiene que darse objetivamente. En caso contrario se llegaría al resultado contradictorio de que los supuestos de simple legítima defensa putativa que no quedan amparados por el § 32 StGB constituirían un peligro según el § 34 StGB —o sea, cuando un observador objetivo se equivocara también—, pudiendo llegar a la justificación a través del estado de necesidad. El argumento que esgrime Schaffstein (12), según el cual en el § 34 el legislador se ha decidido por el interés predominante y contra el de menos importancia, no resulta concluyente ya que presupone lo que quiere demostrar, esto es, que existen presupuestos para una situación de peligro (13).

En efecto, hay también algunos autores que renuncian a exigir la objetiva existencia de la agresión para la legítima defensa, considerando suficiente un ataque que parece real desde la perspectiva del observador objetivo situado en la posición del autor (14). Pero también entonces se pasa por alto que las causas de justificación constituyen injerencias permitidas que se basan en la resolución por el ordenamiento jurídico de una situación de conflicto. Una autorización de defensa necesaria —con la posibilidad defensiva no infrecuente de llegar incluso hasta el homicidio— únicamente está justificada frente a quien realmente realiza una agresión. Formas de comportamiento que sólo tiene la apariencia de una agresión no pueden ser calificadas de antijurídicas. No obstante, desde la antijuridicidad de una agresión se puede explicar la permisión de una defensa necesaria y el correspondiente deber del agresor de soportar la conveniente protección. Aquel planteamiento ignora el fundamento de la regulación de la legítima defensa y, por tanto, no puede servir de apoyo para la corriente que quiere determinar el concepto de peligro en el estado de necesidad desde la perspectiva de un observador inteligente situado en la posición del que obra en estado de necesidad (15).

(12) Loc. cit., p. 100.

(13) Críticamente frente a la opinión de SCHAFFSTEIN, ya SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30.

(14) Así lo consideran expresamente ARMIN KAUFMANN (nota 10), p. 401; JAKOBS, *Allg. Teil*, 11/9; RUDOLPHI, (nota 10), pp. 384 ss.; además, en definitiva, OTTO, *Jura* 1988, 330, 331 («adecuación social»), y acaso también HERZBERG, *JA* 1989, 243, 250 («riesgo permitido»).

(15) El estado de necesidad putativo y la legítima defensa putativa afectan sólo a la culpabilidad y no a lo injusto, por lo que la clasificación dentro de la culpabilidad puede resultar de la teoría de la culpabilidad restringida o de la teoría estricta de la culpabilidad; v. HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 239, 257 ss. De manera discordante ROXIN, *All. Teil* I, § 16, marginal 14, mantiene la opinión de que la polémica acerca del concepto de peligro en el estado de necesidad se relativiza porque de ello no depende

Si nos fijamos en la discusión acerca del concepto de peligro en los delitos de peligro, da la impresión de que la precedente concepción del peligro que se critica en relación con el estado de necesidad se basa en imprecisiones que frecuentemente se observan en el tratamiento del concepto de peligro que, en general, se sustenta en los delitos de peligro: la insuficiente distinción entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la (concreta) peligrosidad de una conducta. Lo primero ocurre cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho, con la probabilidad de ser lesionado; se trata, por tanto, de un estado (16). Por el contrario, existe una acción concretamente peligrosa cuando una actuación entraña la concreta probabilidad de lesión de un objeto (17). La peligrosidad concreta es, por consiguiente, simple característica de la conducta y por eso, independiente de si por el acto un objeto efectivamente es puesto en peligro (por ejemplo, cuando alguien con el coche invade el carril del sentido opuesto en una curva sin visibilidad, pero tiene la suerte de que ningún vehículo venga de frente). Para la conducta peligrosa se toman en cuenta los criterios aportados por Schaffstein, ya que la peligrosidad de una acción se debe decidir conforme a la probabilidad *ex ante* desde la perspectiva de la persona media en la misma situación en la que el autor llevó a cabo su conducta (18). El peligro, como un elemento de la regulación del estado de necesidad, se refiere, sin embargo, a un estado en el que ha entrado el bien jurídico. Mientras que en el delito de peligro concreto, el peligro como estado (situación de peligro) constituye el resultado producido —tal y como se pone de manifiesto claramente en la moderna legislación con la fórmula «... y por eso peligran la integridad o la vida de otro, o cosas ajenas de valor relevante» [§§ 311, 315-315 c) StGB]—, en el estado de necesidad no es la consecuencia, sino el presupuesto de la conducta que del autor consideramos. El peligro, como estado en el que se encuentra un

el resultado práctico, puesto que quien erróneamente aprecia un peligro «sin infringir el cuidado necesario en el tráfico» actúa siempre de manera ajustada a Derecho. Sin embargo, se diluyen así los límites de la transgresión lícita del afectado —con graves consecuencias para el deber de tolerancia (y por ello para la limitación resultante de la posibilidad de legítima defensa)—. No se debe olvidar tampoco que sólo quien respeta los límites conceptuales de los elementos de la causa de justificación puede encontrarse en un estado de necesidad putativo. De otra manera, según todas las opiniones, se trataría de un caso de error de permisión conforme al § 17 StGB.

(16) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 22 s.; el mismo, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 47, 137; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, 1966, pp. 89, 104 ss.; HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, pp. 168 s.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 175 ss.; JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 237; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, vor § 306, marginal 5; GEPPERT, *NSiZ* 1985, 264, 265; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 115.

(17) WELZEL, loc. cit.; SPENDEL, loc. cit.; HIRSCH, loc. cit.; HORN (nota 2) pp. 11 ss.; el mismo, *JK*, 4.ª ed., 1991, vor § 306, marginal 18; DEMUTH (nota 2), pp. 27 ss.; HOYER (nota 2), p. 201; GRAUL (nota 2), pp. 152 ss.

(18) WELZEL, *Fahrlässigkeit* (nota 16), p. 23; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, pp. 104 ss.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, p. 178.

objeto, necesita por su naturaleza un enfoque distinto al de la peligrosidad de un hacer, y además una objetivación mayor. Que no puede ser la perspectiva desde la posición del autor, se ve claramente de modo particular en el estado de necesidad, porque en él tiene ya que existir el peligro antes de que se realice la conducta típica (de salvamento), mientras que en delito de peligro concreto se aprecia fácilmente como su resultado desde la perspectiva de la acción peligrosa. Y que también es consecuente una mayor objetivación que para la peligrosidad de un hacer se confirma por la consideración de que el peligro en cuyo radio de acción entra un objeto es un estadio objetivo de paso hacia su daño (lesión) inminente.

La deficiente distinción entre peligro en el que se encuentra un bien jurídico y acción peligrosa depende en gran medida de que en las conclusiones obtenidas de la discusión acerca del concepto de peligro y de los delitos «de peligro», no han sido suficientemente analizadas sistemáticamente ni terminológicamente estabilizadas, siendo sólo fraccionariamente abordadas sus consecuencias en Tratados y Comentarios. Todavía se sigue hablando de «delitos de peligro» que luego se divide en concreto y abstracto (19). La diferencia esencial debe estar en que para el concreto «la presencia del peligro se tiene que constatar en cada caso», en tanto que para el abstracto al comportamiento en cuestión «se le asigna típicamente la producción de un concreto peligro» (20). Conforme a esto, con frecuencia también se habla únicamente de «peligro» concreto y abstracto (21), pareciendo entoces que se trata de un único e idéntico concepto como punto de partida para todo el entorno, y que simplemente el peligro se tiene que realizar en unos casos en forma concreta y abstracta en otros. En realidad, la diferencia fundamental se da entre delitos de peligro y delitos de peligrosidad (de riesgo). Puesta en peligro significa algo transitivo, esto es, la causación de una situación de peligro para un objeto (22). Sólo los delitos de peligro concreto son, por eso, auténticos delitos de peligro. Frente a éstos tenemos los delitos de peligrosidad (o de riesgo), en los que como ya se ha dicho, lo que les caracteriza no es un resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta. Y es aquí donde primeramente se hace significativa la distinción entre concreto y abstracto. Los tradicionalmente denominados «delitos de peligro abstracto», estrictamente considerados son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abs-

(19) Ocasionalmente se apunta que junto a los delitos de peligro concreto y abstracto todavía podría existir otro grupo de delitos de aptitud; v. JAKOBS, *Allg. Teil*, marginales 6/87.

(20) V. por ejemplo JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 238; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, vor § 306, marginal 3, respectivamente, con más referencias.

(21) O también de «riesgo» abstracto y concreto, así en ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginales 120 ss.

(22) Lo que ya ha indicado HORN (nota 2), p. 11, nota 27.

tracción: de ahí que no haya que centrarse en la peligrosidad concreta, sino a la general (23). Habitualmente, que no se practique esta aclaración se ve favorecido porque hasta ahora para la clasificación de los tipos legales no había motivo para formar un grupo de delitos de peligrosidad concreta, y por eso para la sistematización de todo el conjunto sólo se ha tenido en cuenta el contraste entre concreto y abstracto, y no el que hay entre peligro (concreto) y peligrosidad (concreta).

A esto se le añade la confusión terminológica en parte causada por la imprecisión en el uso del lenguaje. Lingüísticamente, la expresión «puesta en peligro» está, sin duda, fijada en el sentido transitivo ya descrito, de manera que sólo encaja en el de delito de peligro como delito de resultado. «Peligro» y «peligrosidad» son por el contrario términos de uso ambiguo. Así, se habla de peligro no sólo en relación al estado en el que ha entrado un bien, sino que también se habla del «peligro» que origina una acción (24), incluso cuando no se ha puesto en peligro ningún bien. Al contrario, se puede hablar de una situación peligrosa que se ha creado para un bien jurídico. Con más urgencia habría que buscar la fijación terminológica en el Derecho Penal para que en el futuro se pueda expresar más claramente de qué se habla, y acabar con las interpretaciones erróneas (25). Lo mejor sería que el término dogmático de «peligro» se reservara para la situación que se refiera al estado en el que se encuentra un bien, esto es, el entorno conceptual que precede a un daño (lesión) y que aparece como situación de peligro en el estado de necesidad y como resultado de peligro en los delitos de peligro concreto. El término «peligrosidad» debería, contrariamente, aparecer sólo en el sentido de implicación de riesgo de una conducta o también como peligrosidad de una situación, de donde se desprende que consiste en un juicio *ex ante* desde la perspec-

(23) El tenor de las correspondientes disposiciones, que eligen exclusivamente modalidades de conducta como contenido de la abstracción, muestra que el peligro no se entienda como resultado de la abstracción. Detalladamente HORN (nota 2), pp. 20 ss.; GRAUL (nota 2), pp. 156, 354, 355 ss. (en una profunda discrepancia con la teoría de la presunción). «Abstracto» significa así aptitud general; por lo que no es objetivamente decisivo que el mismo legislador haya practicado la abstracción, sino que podría haber delegado parcial total o parcialmente («tipos mixtos») en el Juez la tarea de la generalización (GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 174 s., 183). Por de pronto, esto había pasado desapercibido, ya que se había considerado que la diferencia entre «delitos de peligro» concreto y abstracto radicaba en que en el primero el Juez fijaba la existencia de peligro para determinados bienes jurídicos, mientras que en el último el legislador castigaba determinadas formas del comportamiento humano que según la experiencia general comportaban peligro para los bienes jurídicos [así SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), 22]. Otra cuestión es la de hasta qué punto existen realmente delegaciones, esto es, si quizá en tipos aislados no existe un delito de peligro concreto, pero que a lo mejor detrás de él se esconde un delito de peligrosidad concreta tras la regulación. Respecto a ello, posteriormente, en relación con la monografía de HOYER (nota 2), sobre delitos de aptitud.

(24) V. por ejemplo ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11, marginales 114, 121.

(25) Ya HORN (nota 2), p. 7, ha criticado «la impureza terminológica» en este ámbito.

tiva considerada, y no en el comienzo de un peligro. Como resultado intermedio de estas observaciones se extrae que el debate que se sostiene en el estado de necesidad sobre el concepto de peligro revela puntos oscuros que están relacionados con el estado de sistematización general en el entorno del concepto de peligro.

III

En lo precedente ha quedado claro que tanto en el estado de necesidad como en los delitos de peligro (concreto) se trata del peligro como estado objetivo en el que se encuentra un bien. Por eso se plantea la cuestión de si el debate que se sostiene en el estado de necesidad sobre los criterios de esa situación objetiva refleja un problema general, o más bien se trata de una problemática particular del estado de necesidad.

1. Lenckner, sobre el estado de necesidad, mantiene la opinión de que en el elemento peligro, en rigor, hay que distinguir entre la situación que fundamenta el peligro y el juicio de peligro; y para lo primero exigir que las circunstancias concurrentes que fundamentan la prognosis del desarrollo futuro –apreciado *ex post*–, realmente se hayan dado (26). Aunque esto apunte en la dirección conveniente, todavía se plantean dudas sobre si no se habrá llevado la objetivación demasiado lejos. Prognosis y diagnosis se interfieren de muchas maneras, de forma que no se puede llevar a cabo una delimitación tan exacta. Sobre todo en la decisión generalmente de carácter médico sobre la existencia de un peligro de muerte o un peligro de lesión –ámbito principal de aplicación del § 34 StGB–, que a menudo depende del desarrollo futuro de los más sutiles datos físicos, de modo que las incertidumbres de la prognosis surgen sobre todo de la imposibilidad de una diagnosis que contemple hasta los últimos detalles (27).

Al margen de esta crítica, la opinión de Lenckner expresa claramente que el peligro se debe tratar como un estado, que resulta de la totalidad de las circunstancias en las que encuentra un bien jurídico –lo mismo que una lesión no se debe determinar únicamente desde la posición de uno de los intervinientes en el hecho–. Mientras la determinación de la existencia de la peligrosidad de una acción, es decir, de un proceso dinámico que apenas comienza, se liga a las circunstancias resultantes desde la posición de la ejecución de la actuación, por el contrario para el peligro rige la situación

(26) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 13, vor § 32, marginal 10a; al igual que DEMUTH (nota 2), pp. 108 ss. V. también GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 177 ss.; SCHMIDHÄUSER, *StudB Allg. Teil*, 2.^a ed, 1984, 5/42, 11/29.

(27) Cfr. la crítica fundamental en SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschrift.*, pp. 95 ss. Igualmente crítico ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschr.*, p. 401; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 28; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15; RUDOLPHI, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.* p. 383.

de conjunto temporal-espacial en la que entra un bien jurídico. Debido a que todas estas circunstancias a las que tiene que ligarse la prognosis no pueden extraerse de la perspectiva *ex post*, ya que de no haber existido lesión no habría habido nunca peligro, se podría pensar en la cognoscibilidad objetiva de una persona media que dominara la situación en su conjunto temporal-espacial (28). Sin embargo, de nuevo se nos presentaría aquí una relativización demasiado amplia, en todo caso cuando se concibe la cognoscibilidad en su sentido común como perceptibilidad real de una persona. Si, por ejemplo, el observador ficticio no puede conocer que un suceso que parece un naufragio no son más que inofensivas prácticas de salvamento, no existe, sin embargo, ningún peligro. Se trata de un peligro aparente, no de un peligro real. Tampoco son cognoscibles siempre las intenciones de las personas consideradas fuente de peligro. Por ejemplo, en el caso de un peligro permanente por la amenaza de una persona, pero que cuando quien interviene no pretende continuar la amenaza actual, entonces objetivamente ha concluido el peligro (29). Que suceda de esa manera está relacionado con que el peligro es un estado objetivo, y un estado objetivo previo al comienzo de un eventual daño. Ocurre pues que en la respectiva situación temporal-espacial no son *objetivamente constatables* todos los datos relevantes, a diferencia de la perspectiva resultante *ex post*. Esto es evidente respecto al correspondiente desarrollo, pero también —como ya se ha expuesto— respecto a la diagnosis. Entonces habrá que fijar el punto de vista más exacto con la constatabilidad objetiva. Lo que en su resultado práctico no nos conduce a la opinión de Lenckner, sino que contrariamente reafirma lo que se le ha objetado. En la determinación del peligro no se trata de establecer desde la perspectiva *ex post* qué circunstancias en las que se basaba la prognosis sobre el desarrollo futuro concurrían en el momento del hecho, sino que lo decisivo es su constatabilidad objetiva en la concreta situación temporal-espacial (30). Por consiguiente, en el importante caso práctico en el que el diagnóstico que niegue la existencia de un peligro de muerte sólo sea posible con la ayuda de los aparatos técnicos de un hospital o por una intervención en el quirófano, no empee la previa existencia de un peligro en el lugar del accidente.

2. En la polémica actual sobre el estado de necesidad todavía se discute qué condiciones debe tener la ficticia persona media que tiene que decidir en el juicio de probabilidad. Mientras que Schaffstein, desde su planteamiento, quiere basarse en los conocimientos de un observador

(28) Por ejemplo DIMITRATOS (nota 2), pp. 168 ss., habla de cognoscibilidad. Aquellos autores que sin mayor precisión hablan de un «observador» también se podrían incluir aquí.

(29) Acerca del peligro permanente, cfr. BGHSt. 5, 371, 373; BGH, NJW 1979, 2053; siendo jurisprudencia constante.

(30) Así, KADECKA, *MsschrKrimPsych* 1928, 129, 131; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, pp. 105 s.

objetivo del «círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado» (31), Blei y Lenckner quieren exigir que el conocimiento de los cursos causales en que se basa la prognosis abarque «el conjunto del conocimiento empírico humano» en el momento de la conducta, «el máximo conocimiento de la época» (32); Jescheck y otros autores reclaman nuevamente un juicio (pericial) del experto (33), y Roxin se debate entre si la concreta situación requiere el juicio del experto o no (34).

En el planteamiento de Schaffstein se trata de un criterio que juega su papel en la determinación de la imprudencia o, en definitiva, el riesgo de una conducta, pero que no sirve para la determinación del peligro como estado objetivo. El círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado carece de influencia para que el bien jurídico que haya que salvar se ponga o no en peligro (35). Si la conducta necesaria consiste, por ejemplo, en requisar un bote para auxiliar a una persona en peligro de ahogarse es irrelevante para la existencia del peligro que provoca la conducta de rescate que el sujeto necesitado sea casualmente arquitecto, conductor de camiones o que pertenezca a cualquier otro círculo profesional. El peligro es el presupuesto de la conducta necesaria y concurre independientemente de qué sujeto necesitado entre en acción. En el recurso al círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado se refleja nuevamente la más arriba referida confusión con la peligrosidad de una conducta.

La opinión de Blei y Lenckner, que representa el extremo opuesto —es decir, basarse en el «máximo conocimiento» de la época—, tiene en cuenta el carácter del peligro como estado objetivo, pero en ese sentido conduce demasiado lejos. El conocimiento máximo presupuesto por ellos únicamente es concebible teóricamente, por lo que la presencia de un peligro escaparía a toda capacidad imaginable de juicio real, y precisamente también de la situación del sujeto necesitado (36). El concepto de peligro como fenómeno de la realidad social no puede exigir más que la competencia de un especialista medio. Lo cual también se confirma con el hecho de que el planteamiento criticado no sería procesalmente realizable, toda vez que la resolución judicial se vale como medida auxiliar del perito común y no del completo conocimiento empírico humano.

(31) *Bruns-Festschrift*, pp. 102, 106.

(32) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; BLEI, *Allg. Teil*, p. 165 («todos los conocimientos actuales»); BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 347 («el completo conocimiento causal existente en su tiempo»).

(33) JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 31; JAKOBS, *Allg. Teil*, 13/13; LACKNER, *StGB*, § 34, marginal 2; WESSELS, *Allg. Teil*, 22.^a ed., 1992, p. 89; también SAMSON, *SK*, 5.^a ed., 1992, § 34, marginal 7.

(34) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15.

(35) Críticos por eso, HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; más detalladamente DIMITRATOS (nota 2), pp. 161 s.

(36) Por eso lo rechazan ya SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschr.*, p. 98; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30; al igual que ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16 marginal 15.

Por eso la opinión dominante requiere un juicio de probabilidad experto (pericial) (37). Roxin opina que esto es ir demasiado lejos, ya que también hay casos en los que no son necesarios conocimientos especiales para evaluar un peligro. Sólo los casos en los que se necesite un especialista han de basarse en su apreciación (38). Se trata, sin embargo, de un problema de apariencia. Cuando se requiere un juicio del experto lleva aparejado necesariamente la posibilidad de que haya situaciones en las que cada persona juiciosa pueda proporcionar la apreciación necesaria. Aunque, para evitar confusiones lingüísticas, más bien habría que hablar únicamente de «conocimiento experto» (39). Lo cual indicaría dónde se requieren unos conocimientos especiales (por ejemplo, lo relacionado con diagnósticos médicos), una especial competencia técnica (la capacitación del correspondiente experto en relación con la concreta especialidad) o si, por el contrario, que algunas situaciones pueden valorarse por cualquier observador inteligente, no siendo preciso que sea un experto.

3. Otro punto del debate en torno al estado de necesidad se refiere al grado de probabilidad necesario para la existencia del peligro. Roxin es de la opinión de que habrá «un peligro en el sentido del § 34» cuando la producción de la lesión de un bien jurídico «no sea absolutamente improbable» (40). A esto se puede objetar con la pregunta de si una posibilidad tan remota permite hablar ya de peligro. Hasta ahora lo cierto es que aisladamente ha aparecido el criterio de «lo no improbable» como el mínimo (41) —y que ha sido rechazado por la doctrina dominante— (42), pero la coletilla «absolutamente» baja aún más el límite. Aparecen aún más reservas sobre si una ampliación tan grande del concepto de peligro se puede conciliar con la noción de estado de necesidad. Esta precisa, antes que cualquier perspectiva de ponderación, la existencia de una situación de necesidad para un bien jurídico. Que «no sea absolutamente improbable» que le suceda algo a un bien jurídico, es el estado general de la vida social y no una situación de necesidad derivada de ello. Además de que en el estado de necesidad justificante se trataría de una permisión para agregar un bien jurídico ajeno. Una agresión de esas condiciones debiera resultar de una situación excepcional real. Más aun cuando se estima que la permisión en el estado de necesidad defensivo puede llegar hasta la muerte o la lesión corporal (43).

(37) Cfr. nota 33.

(38) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15.

(39) Así también ya JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; LACKNER, *StGB*, § 34, marginal 2 ya; y otros.

(40) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11.

(41) RGSt, 62, 55, 57; JAKOBS, *Allg. Teil*, 13/12.

(42) Cfr. JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 32; con detalladas referencias jurisprudenciales.

(43) Más detalladamente HIRSCH, *LK*, § 34, marginales 73 ss.

4. Todo lo dicho hasta ahora en relación con el estado de necesidad, ¿afecta sólo a éste o puede alcanzar validez general para la definición de peligro? Ya se ha indicado que particularmente Roxin y Dimitratos hicieron hincapié en la diferencia del concepto de peligro para el estado de necesidad frente a otros ámbitos (44). El concepto de peligro debe concretarse funcionalmente para cada instituto.

Revisando las conclusiones anteriormente alcanzadas, todo indica que los problemas que aparecen en torno al estado de necesidad son consecuencia de las imprecisiones de un concepto general de peligro. Lo cual ya se vio anteriormente con la constatación de que el peligro como estado objetivo de un objeto no era claramente diferenciado de la peligrosidad de una acción. Aunque lo que sí ha quedado claro en lo precedente son los criterios para la determinación de esa situación objetiva: que el posterior juicio *ex ante* no deba basarse en el de una persona media situada en la posición del *autor*, sino que *todas* las circunstancias objetivamente constatables *en la situación espacial-temporal* del bien jurídico constituyan la base del juicio de probabilidad. O sea, que para la apreciación no interese el círculo en el que se desenvuelve un observador situado en la posición del autor ni del «máximo conocimiento de su época», sino la medida de un observador inteligente que valore las circunstancias objetivamente dadas. Y, finalmente, se ha significado que para cada peligro no es suficiente una «no absolutamente» lesión.

En la pregunta de si en el Derecho Penal existen diferentes nociones de peligro, todavía hay que distinguir si son posibles diferencias *graduales* de peligro en los preceptos penales. Se trataría entonces sólo de graduaciones cuantitativas. El legislador es libre de establecer tales graduaciones. No obstante, eso no se observa en el estado de necesidad –excepción hecha de la circunstancia de que sea «actual» que se introduce junto al requisito del peligro.

Roxin aprecia justamente en la configuración de un concepto de peligro propio para el estado de necesidad justificante una consecuencia que favorece la coincidencia en las «modernas doctrinas científico-teóricas» (45), y su discípulo Dimitratos destaca que la noción de peligro de los §§ 34 y 35 StGB debieran ser determinados funcional-normativamente (46). Pero las anteriormente indicadas incorrecciones refuerzan las objeciones a tales maneras de proceder. El de «peligro», es evidentemente un concepto prejurídico. Fuera del ámbito jurídico normalmente se aprecia la existencia de un «peligro» de forma absolutamente independiente de si esta circunstancia ha sido objeto de regulación jurídica (47). Lo cual no deja de

(44) Véanse ahí también las referencias en las notas 6 y 7 con respecto a otros autores, que opinan que la diferencia es posible; así también ya HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 31.

(45) *Allg. Teil* I, § 16, marginal 11, nota 16.

(46) (Nota 2), pp. 25 s., 54, 106, 176.

(47) Lo que ya indica KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 135.

ocurrir aproximadamente, de esa manera, aunque no-juristas se hayan ocupado profunda y concienzudamente de las cuestiones correspondientes (48). Y es obvio que por eso, porque la ley utiliza un concepto prejurídico tal para sus regulaciones, todo análisis debe comenzar ahí. Observando detenidamente, se ve que normalmente así ocurre, ya que sin este concepto prefijado no se sabría a qué se refiere la ley exactamente. Küpper, recientemente ha mostrado que los más logrados intentos de determinar normativamente el concepto de peligro en la moderna literatura penal, en definitiva también introducen modificaciones de las formulaciones del concepto de peligro tradicionalmente establecido con la vista puesta en los factores prejurídicos, de modo que contra estos intentos de normativización se atiende al postulado prejurídico de la acepción tradicional de peligro (49). Por eso, necesariamente ha de ser la acepción conceptual la que establezca el punto de unión con los fenómenos seleccionados por la ley, y sólo podrá tratarse del punto hasta el que válidamente alcance desde los requisitos del ordenamiento jurídico. Arthur Kaufmann, en su conocida obra *Analogía y «naturaleza de las cosas»*, ya ha destacado que el «sentido de la ley» no se puede averiguar nunca «al margen del sentido, al margen de la “naturaleza” de las circunstancias de la realidad» (50).

A esto se suma lo siguiente: para la definición del concepto de peligro no se trata de interpretar simplemente textos legales nacionales, viejos o recientes, más o menos conseguidos. Se trata más bien de determinar independiente y científicamente por la Ciencia del Derecho Penal un concepto válido en todos los ordenamientos jurídicos, esto es, un objeto de auténtico conocimiento científico (51). Dogmáticamente no es admisible declarar como «peligro» lo que es sólo peligrosidad o sólo a ésta se ajusta, e igualmente en sentido contrario. El concepto de peligro como estado de un objeto es necesariamente uniforme. Si se atiende a las explicaciones de Roxin

(48) Cfr. v. KRIES, *Vierteljahresschr. f. wiss. Philosophie*, vol. 12, 1888; el mismo, *ZStW* 9 (1889), 582 ss.; CARNAP, *Logical Foundations of Probability*, 2.^a ed., 1962; CARNAP/STEGMÜLLER, *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit*, 1959; HEMPEL, *Aspekte wissenschaftlicher Erklärung*, 1977, pp. 79 ss. DIMITRATOS parte también de estos autores (nota 2), pp. 67 ss.

(49) (Nota 47), pp. 131 ss., 135. Lo cual vale también para la concepción de KINDHÄUSER (nota 2), p. 202, como ha mostrado KÜPPER, p. 135, nota 114. Además, la pretensión de KINDHÄUSER de que los delitos de peligrosidad abstracta se desprendan de la referencia del bien jurídico y den distinto sentido al delito, esto es, debiendo garantizar la «seguridad» (un «estado jurídicamente garantizado al que se anticipa una protección suficiente») podría introducir la normatividad de la seguridad, que para el Derecho Penal está vinculada con la instauración del bien jurídico. También ha expresado reservas ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 123.

(50) ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982, p. 39.

(51) Más detalladamente HIRSCH, *Spendel-Festschr.*, 1992, pp. 43 ss., al ocuparse del alcance de la independencia de la Ciencia del Derecho Penal respecto a la legislación nacional.

acerca de los requisitos del grado de probabilidad con los que hay que contar en el estado de necesidad, y a su advertencia de que en esa relación el concepto de peligro no es el mismo para el estado de necesidad que para los delitos de peligro concreto que en su opinión precisan de un más alto grado de peligro para la producción de éste (52), entonces este pronunciamiento ya rebatido, realmente se refiere a algo distinto: la cuestión de un escalamiento *cuantitativo* para el uso del concepto.

Quienes propugnan una distinción cuantitativa del concepto de peligro para el estado de necesidad respecto a otros institutos del Derecho Penal, en cierta medida invocan a Welzel (53). Éste, en efecto, había llamado la atención sobre la posibilidad de distinguir conceptos de peligro. Aunque leyendo sus ulteriores explicaciones en *Imprudencia y delitos de tráfico* (1961), se observa que exclusivamente giran en torno a la identificación de la diferencia entre peligrosidad de una conducta y el peligro como estado de un bien jurídico (54). Como entonces —y frecuentemente también hoy en día— indiferentemente se hablaba de «peligro», sin que se distinguieran claramente tales fenómenos, destacó la necesidad de una distinción conceptual. Aunque es ésta otra problemática acaso tendría relación con *fenómenos* distintos. El elemento peligro en la regulación del estado de necesidad en nada se diferencia conceptualmente del peligro como resultado de los delitos de peligro (concreto). Lo que además se asevera con que el peligro de los §§ 34 y 35 StGB puede no ser sólo la consecuencia de fenómenos naturales, sino también de comportamientos humanos (55).

Debido a esto, los problemas que aparecen en el estado de necesidad resultan ser cuestiones generales del concepto de peligro. Las conclusiones hasta aquí obtenidas no quedan solamente circunscritas al estado de necesidad, sino que son de naturaleza general, por lo que permiten el productivo debate en la discusión general sobre el peligro.

IV

1. Intentando obtener las conclusiones finales que de lo anterior han aparecido en relación con los problemas del concepto de peligro en el estado de necesidad para los campos conexos de la doctrina en general, hay que constatar:

a) Es el momento de sustituir en la sistemática la anticuada, simplista y causante de confusiones, distinción básica de peligro concreto y

(52) *Allg. Teil*, § 16, marginal 11.

(53) Así, por ejemplo, DIMITRATOS (nota 2), p. 6, bajo la refutación de las explicaciones de WELZEL, *Niederschr.*, vol. 8, 1959, p. 421.

(54) V. en ese lugar, p. 23 con nota 52; posteriormente, también WELZEL, *Strafrecht*, pp. 47, 137.

(55) Se trata aquí de casos en los que la acción del ser humano no se presenta como agresión antijurídica actual en el sentido de la legítima defensa; cfr. HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 35.

abstracto, y por tanto la de delitos de peligro concreto y abstracto, por conceptos y binomios básicos que más adecuadamente den cuenta de la distinción fáctica.

b) La apropiada distinción fundamental sería la de *peligro* (concreto) en el que ha entrado un bien jurídico (= peligro en sentido propio), y *peligrosidad* (concreta) (cualidad de producir riesgo) (*Risikantheit*) de una acción. Ambos quedan determinados por puntos de vista parcialmente distintos puesto que el primero es un estado, mientras que, por el contrario, el segundo se refiere a una cualidad del hecho. Por tratarse de conceptos básicos debieran ser considerados terminológicamente, de manera que se ocupen en la Dogmática de la terminología de tales conceptos.

c) Respecto a la determinación del peligro y de la peligrosidad, hay que observar que para el peligro la prognosis posterior se basa en circunstancias objetivas cognoscibles de la situación temporal-espacial del bien jurídico, y que requiere un juicio competente, incluso experto en su caso, frente a la peligrosidad concreta para la que basta la prognosis posterior de un tercero inteligente colocado en la posición del autor y de su mismo círculo.

d) El peligro es objeto de los *delitos de peligro* (concreto), que por tratarse de un estado objetivo, son acertadamente calificados como delitos de resultado. No se distingue de éste el concepto de peligro de las disposiciones relativas al estado de necesidad.

Toda vez que en el delito de peligro (concreto) la conducta amenaza a un objeto concreto, a ella se le atribuye el concepto «peligrosa».

e) Frente a los delitos de peligro están los *delitos de peligrosidad* (delitos de riesgo), que suponen la peligrosidad de una conducta establecida por la perspectiva de una persona media normal colocada en la situación del autor, sin que sea necesario que un peligro haya llegado a darse como resultado. Los delitos de peligrosidad se subdividen en concreta y abstracta, según se requiera una peligrosidad real, es decir, concreta, o baste con una peligrosidad general (típica) (56). El último grupo mencionado, imprecisa e inexactamente, viene siendo denominado como «delitos de peligro» abstracto. Pero estrictamente no son delitos de peligro, debido a que en ellos no se estima la generalización de la producción del peligro como resultado, sino las circunstancias de la acción.

f) De las diferencias objetivas puestas de manifiesto se deduce la implicación subjetiva: el dolo tiene que estar dirigido a la realización de un resultado de peligro en el delito de peligro (concreto); en el delito de peligrosidad concreta es suficiente que el autor, sin que tenga con ello presente un peligro concreto, actúe consciente y voluntariamente de forma arries-

(56) En la oposición entre concreto y abstracto no se trata sólo formalmente de la oposición legal y judicial, sino que en el delito de peligrosidad abstracta también se afronta el tema de peligrosidad generalizada, aunque también la pudiera determinar el Juez. Acerca de esto v. más arriba nota 23.

gada; y para los delitos de peligrosidad abstractos, basta que el dolo comprenda los elementos del tipo o cualquier circunstancia general, de las que se deduzca un comportamiento que en abstracto aparezca como peligroso.

2. El de las conductas concretamente peligrosas constituye el grupo más abandonado científicamente y con frecuencia sistemáticamente omitido. ¿Quizá sólo tiene valor teórico su estudio, sin relevancia práctica?

Aunque si se observa la realidad jurídica se constata su importante significado práctico. Una gran parte de las circunstancias fácticas comprendidas en los tipos de peligrosidad abstracta son conductas concretamente peligrosas, o sea, aquellos en los que los elementos del tipo se realizan mediante una conducta que probablemente suponga la aparición de una lesión en concreto, visto desde la perspectiva *ex ante* por un observador objetivo colocado en la situación del autor, pero que, como afortunadamente no se produce, se descarta un delito imprudente (por tratarse de un delito de resultado). Se puede plantear incluso la cuestión de si la concepción dogmática del fenómeno de la acción concretamente peligrosa, no ofrece la clave para la solución de la problemática de los delitos de peligrosidad abstracta. Binding, Arthur Kaufmann y otros autores han expresado sus reservas acerca de si los delitos de peligrosidad abstracta pueden ser calificados como hechos penalmente sancionables (57). Actualmente se encuentra la propuesta de relativizar la problemática, al menos parcialmente, con la admisión de la «prueba inversa de la no peligrosidad» (58). Una tal «inversión de la carga de la prueba» es, sin embargo, procesalmente discutible y es una solución que pretende agarrar las cosas desde atrás, que no deja de ser el lado equivocado. La vía de solución aquí propuesta de exigir una peligrosidad concreta de la conducta parece ser la concepción más ajustada a Derecho, penal y procesalmente. De modo que también tendría en cuenta los temores expresados por Arthur Kaufmann en relación al respeto del «principio de culpabilidad» (59), porque los delitos de peligrosidad concreta dolosos presuponen un dolo dirigido a la peligrosidad concreta de la conducta. Hay que indicar, por lo demás, que tras la propuesta aportada por Lackner hace veinticinco años (60), según la cual se exigiría en los tipos penales relativos al tráfico la provocación de un «concreto peligro para el tráfico», se encuentra el hecho de que se apoya en la acción concretamente peligrosa para el tráfico. Por eso que en el «peligro» para el tráfico se debe tratar de enlazar penalmente la conducta típica perjudicial para el tráfico

(57) BINDING (nota 1), p. 387; ARTHUR KAUFMANN, *JZ* 1963, 425, 432. Del mismo modo, BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, p. 135; RUDOLPHI, *Maurach-Festschr.*, 1972, pp. 51, 59 s.; SCHMIDHÄUSER, *StudB Allg. Teil*, 5/86; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, 797 y s.; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 120; y otros.

(58) CRAMER (nota 2), pp. 55 ss.; SCHRÖDER, *ZStW*, 81 (1969), 15 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *vor* § 306, marginal 3, con ulteriores referencias.

(59) *Loc. cit.*, p. 432. V. además otras referencias en la nota 57.

(60) (Nota 2), pp. 10 ss.

con el requisito de que también ésta sea una «conducta tendente al peligro» y que, por tanto, por el aspecto subjetivo suponga una conducta «tendente al peligro conforme a las circunstancias concretas».

Si nos fijamos en el aspecto subjetivo de las conductas concretamente peligrosas, se observa además que en el delito imprudente aparece la peligrosidad consciente: en los casos de culpa consciente (61).

El fenómeno de la acción peligrosa tiene un importante significado teórico y práctico también para la tentativa inidónea. A la dominante teoría subjetiva le falta una repercusión a lo objetivo de la voluntad criminal. Por ello queda expuesta a la objeción de que se trata de un Derecho Penal de la intención, y de ahí su rechazo por la doctrina científica hasta los años treinta (62). También la teoría de la impresión, seguida actualmente por una parte de la doctrina, es una variante de la teoría subjetiva, porque modifica ésta en el sentido de que la voluntad antijurídica puesta de manifiesto haya de ser adecuada para estremecer la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (63). Desde ahí se vienen alzando voces reclamando el retorno a una teoría objetiva (64). Aquel que, por ejemplo, da comienzo a una acción con dolo de matar, que objetivamente *a priori* no puede conducir a la consumación, no ha comenzado una acción de matar cuando su acción no entraña riesgo alguno para la vida de otro desde la perspectiva *ex ante* de un observador objetivo: sólo se lo imagina (65). Ya que la tentativa consiste en un estado previo a la lesión pretendida y un determinado objeto es contenido del dolo, se podría pensar que el peligro del bien jurídico correspondiente fuese necesario. Sin embargo, entonces se produciría una reducción de los estadios de una conducta: el comienzo es la peligrosidad, que se convierte en peligro en cuanto el bien jurídico entra en el campo de afectación de la conducta, y el resultado lesivo que sería la última etapa. Lo cual se confirma

(61) HORN (nota 2), p. 30, es de la opinión de que la acción concretamente peligrosa es por lo regular idéntica a la «lesión-infracción del cuidado». Pero aparte de que la infracción del cuidado se determina por el deber a diferencia de la peligrosidad, existen otras diferencias en el aspecto subjetivo. El dolo se puede referir, en efecto, a la peligrosidad concreta, pero no a la «lesión-infracción del cuidado», es decir a la imprudencia objetiva. Con ello el resultado daría lugar a interferencias con la conciencia de la antijuridicidad.

(62) Cfr. GRAF ZU DOHNA, *Güterbock-Festgabe*, 1910, p. 35; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 43, nota 1; ROB. V. HIPPEL, *Strafrecht* II, 1930, p. 424; v. LISZT/SCHMIDT, *Allg. Teil*, 26.^a ed., 1932, p. 301; MEZGER, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1933, pp. 395 ss.

(63) Cfr. la definición de SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, vor § 22, marginal 22.

(64) Cfr. JAKOBS, *ZStW*, 97 (1985), 751, 763 ss.; el mismo, *Allg. Teil*, 25/23; HIRSCH, *ZStW* 97 (1985), 921; el mismo, *Köln-Festschr.*, 1988, pp. 399, 422 ss.; WEIGEND, en HIRSCH/WEIGEND (ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, 1989; pp. 113, 121 ss.; TAE-HOON HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 50 ss. También ya SPENDEL, *ZStW* 69 (1957), 441 ss. De *lege lata* constituye un obstáculo la redacción del § 23, párrafo 3 StGB.

(65) Cfr. ya en GALLAS, *Bockelmann-Festschr.*, 1979, pp. 155, 159.

por la posibilidad de una tentativa de un delito de peligro (concreto) (66). Se pone así de manifiesto que también en la tentativa inidónea es importante el fenómeno de la peligrosidad de la conducta (67). El resultado práctico es que, por una parte, no es suficiente con que imaginariamente se dé comienzo a la realización del tipo, pero, por otra parte, es objetivamente suficiente que para un observador objetivo parezca inminente la realización de los elementos del tipo. Aquel que con dolo de matar dispara sobre un muerto que él creía vivo, sólo habría dado comienzo a una acción de matar cuando un tercero inteligente en esa situación hubiera considerado vivo al muerto. Da la impresión de que estas reflexiones, precisamente obtenidas de la teoría de la acción, han sido desplazadas durante el desarrollo científico de las últimas décadas por la desafortunada extrema subjetivación del concepto de desvalor de la acción (68).

No en último lugar adquiere relevancia el concepto de peligrosidad para la teoría de la imputación objetiva. Se afirma que un comportamiento sólo satisface el tipo objetivo de un hecho punible cuando ha creado «un peligro jurídicamente desaprobado de que aparezca el resultado, y este peligro también se ha hecho efectivo en el concreto suceso del resultado lesivo» (69). Analizando esta definición se constata nuevamente también la deficiente distinción entre «peligro» y «peligrosidad». Que no se trata de la causación de un peligro se aprecia inmediatamente, cuando se toma en cuenta que *a todo* resultado lesivo le antecede un estadio de peligro más largo o más corto. Este estadio de peligro —o sea, la concreta situación de peligro en la que entra un bien jurídico— también está jurídicamente desaprobado de forma objetiva cuando el resultado que de él se deriva es objeto de una desaprobación jurídica. A esto se añade que la teoría de la imputación objetiva, al apoyarse en el peligro, carecería de ámbito de aplicación para los delitos de peligro (concreto), a pesar de que las limitaciones por ella propugnadas serían relevantes para este grupo de delitos. De lo que se trata en el «peligro» como presupuesto de la imputación objetiva, si se analiza detenidamente, es de apoyarse en la concreta peligrosidad de la conducta. Se encuentra también así en las explicaciones de Roxin sobre esta teoría como criterio decisivo «si un observador razonable antes del hecho (*ex ante*) ha estimado arriesgado el comportamiento correspondiente» (70) —y en eso puede tener aquí una función el punto de vista de la desaprobación jurídica («riesgo no permitido»).

(66) Cfr., entre otras, las disposiciones relativas a la tentativa en los §§ 315-315 c) StGB.

(67) Así también la llamada nueva teoría objetiva (teoría de la peligrosidad); cfr. v. LISZT/SCHMIDT, *Allg. Teil*, p. 301; ROB. v. HIPPEL, *Strafrecht II*, p. 425.

(68) Contra esta subjetivación, detalladamente HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 242 ss.

(69) RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, marginal 57. Formulaciones parecidas, que igualmente se refieren al peligro se pueden encontrar en otros seguidores de esta doctrina.

(70) *Allg. Teil I*, § 11, marginal 46.

Se pueden encontrar además en la Parte Especial delitos de peligro concreto. En su monografía «Delitos de aptitud», Hoyer llega a la conclusión de que hay una completa serie de tipos que son clasificables sistemáticamente entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligrosidad abstracta hasta ahora designados como «delitos de peligro» abstracto (71). Partiendo del elemento del tipo «apto» utilizado en la ley, se refiere a «delitos de aptitud» allá donde se emplea explícitamente la palabra, sin que con ello limite la categoría a los casos del expreso alcance de la palabra, sino que construye un concepto «material» de concreta aptitud donde también integra otros tipos (72). Que para la determinación de este elemento intercambiable con el concepto de peligrosidad (concreta) quiera recurrir en menor medida a la visión de un observador objetivo, y más a las «características» objetivas de la conducta en cuestión (73), no impide que este autor también se esté refiriendo al grupo de delitos cuya discusión aquí se ha planteado.

Hasta ahora por la doctrina dominante se han clasificado los tipos aquí enumerados por Hoyer, unos como delitos de peligro (concreto), otros como delitos de peligrosidad abstracta. Se plantea, empero, la cuestión de si esto es correcto para todas y cada una de las disposiciones o si no depende de que hasta ahora se ha opinado que se contaba sólo con estas dos posibles rúbricas. Evidentemente, se trata de delitos de peligrosidad concreta los §§ 126, párrafos 1 y 2, 130, 140, núm. 2, y 166, párrafos 1 y 2 StGB. Por la doctrina dominante se exige para la aptitud en ellos, que desde la visión de un observador objetivo, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias, se tenga el temor fundado de que se produzca una alteración de la paz jurídica (74). Lo cual quiere decir que se trata de conductas concretamente peligrosas, no siendo, por tanto, ni solamente peligrosidad abstracta ni un resultado de peligro. Se pueden tomar además como ejemplos los §§ 145 d), 164 y 257 StGB, para los que la opinión dominante no se contenta con una aptitud abstracta de la conducta típica, sino que ahora ya se apoya en el comportamiento del autor enjuiciado ex ante conforme a las circunstancias del caso concreto (75). Por ello, mucho indica que, como señaló Hoyer, todavía hay más tipos de esta clase en la ley.

Lo cual no le quita relevancia práctica a la categoría de peligrosidad concreta.

(71) HOYER (nota 2), p. 201.

(72) HOYER (nota 2), pp. 29 ss., 199 ss. En total señala más de treinta tipos del StGB.

(73) HOYER (nota 2), pp. 107 s., 201; igualmente, el mismo, *JA* 1990, 183, 188.

(74) BGHSt. 16, 49, 56.; *BGH NJW* 1987, 1998; OLG Düsseldorf *NJW* 1986, 2518; LACKNER, *StGB*, § 126 marginal 4, con ulteriores referencias.

(75) LACKNER, *StGB*, § 145 d) marginal 4; HERDEGEN, *LK*, 10.^a ed., 1988, § 164, marginal 7; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Besonderer Teil II*, 7.^a ed., 1991, § 101, marginal 6; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, § 257, marginal 15, respectivamente con ulteriores referencias.

V

Si recordamos otra vez la frase de Binding expresada al principio y observamos además las imprecisiones, confusiones y el tratamiento irreflexivo, como se ha constatado en lo precedente, respecto al concepto de peligro, se tendría que exigir mayor atención científica sobre el círculo de problemas del «peligro» y la «peligrosidad». Especialmente se advierte en qué medida la Dogmática se guía por el arcaico binomio conceptual «peligro concreto y peligro abstracto», y así desaprovecha hacer fructífero para el sistema dogmático los fenómenos que de verdad hay que distinguir. El método funcionalista-normativista se muestra en este ámbito como una alternativa que inmediatamente oculta problemas argumentativa o «normativamente», en lugar de desentrañarlos poniendo de relieve los fenómenos y las estructuras (76).

(76) En contra del funcionalismo, también ARTHUR KAUFMANN, *Jura* 1986, pp. 225 ss.

La regulación penal alemana
sobre la discriminación racial y la xenofobia
tras la nueva «Ley de Lucha contra la Criminalidad»
(*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre
de 1994

JON MIRENA LANDA GOROSTIZA

Profesor Asociado de Derecho Penal.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Cuestión previa: normativa penal antinacional socialista en Alemania.-3. Historia legislativa reciente de la normativa penal antinacional socialista: 3.1 La 6. *StÄG* de 30 de junio de 1960: los párrafos 96a, 130 y 189: 3.1.1 La «incitación a la población» (*Volksverhetzung*: párrafo 130); 3.1.2 La «utilización de señas de identidad» (párrafo 96a); 3.1.3 Las «injurias a la memoria de los muertos» (párrafo 189). 3.2 La 21. *StÄG* de 13 de junio de 1985: los párrafos 76a, 78, 86a y 194. 3.2.1 La confiscación de escritos (párrafos 76a y 78); 3.2.2 La «utilización de señas de identidad» (párrafo 86a); 3.2.3 La mentira de *Auschwitz* (párrafo 194).-4. La ley de lucha contra la criminalidad alemana (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994: la nueva situación jurídica. 4.1 Realidad sociológica: la ola de odio y violencia xenófoba. 4.2 Breve historia legislativa de la «Ley de lucha contra la criminalidad» de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) en relación, principalmente, a la normativa antinacional socialista. 4.3 La modificación de los párrafos 86, 86a, 130 y 131. 4.3.1 La «utilización de señas de identidad» (párrafos 86 y 86a); 4.3.2 La «incitación a la población» (párrafos 130 y 131). A) La originaria «incitación a la población» (párrafo 1 del párrafo 130). B) La incitación mediante escritos (antiguo párrafo 131 y actual párrafo 2 del párrafo 130). C) La nueva incriminación de la