

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. FUNDAMENTO, CRÍTICA Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA.

Lic. Javier Madrigal Navarro

Introducción

El estudio de los delitos de peligro abstracto no pierde actualidad pues su comprensión permite un mejor entendimiento de otros temas afines del derecho penal como lo son el disvalor de la acción, el disvalor del resultado, el principio de proporcionalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, así como también todo lo relacionado con el tema del bien jurídico tutelado y el principio de lesividad, la antijuridicidad material sin olvidar por supuesto, otros temas como los de los delitos de bagatela, la mínima culpabilidad y la exigua participación a la que hace referencia nuestro Código Procesal Penal en su artículo 22 inciso a).

1. Derecho Penal del Riesgo.

Un primer ámbito de estudio dentro del Derecho Penal moderno estaría constituido por un grupo de tipos delictivos con los que se busca perseguir la realización de conductas que representarían sólo, como

máximo, un simple peligro abstracto para bienes jurídicos principalmente individuales. Para un sector de la doctrina, este ámbito particular del Derecho Penal moderno sería consecuencia del modo político en que el Estado decide enfrentar los conflictos sociales característicos de la dinámica de la sociedad moderna, a la cual se ve como una “*sociedad de riesgos*”, por lo que el Derecho Penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad de riesgos formulada por el sociólogo alemán Ulrich Beck¹. El control, la prevención y la gestión de riesgos generales se ven como tareas que debe asumir el Estado y que éste asume efectivamente de modo relevante, y para lo cual el legislador recurre al tipo penal de delito de peligro abstracto como instrumento técnico idóneo para encontrar solución a éstos problemas.

Este sistema de prevención de conductas riesgosas o peligrosas que se adopta en nuestros días ha provocado una expansión del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que ha comenzado con la creación

1 BECK, Ulrich, **La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad**, Ediciones Paidós Ibérica, (1998).

de delitos de peligro abstracto que derivan del desarrollo y de los avances científicos, tecnológicos y laborales de nuestro tiempo, donde el manejo de determinadas herramientas técnicas como los automóviles, los sistemas aéreos y las máquinas que se utilizan en los mecanismos de producción avanzada, entre otros, y que llevan siempre consigo el riesgo de que se produzca alguna lesión de bienes jurídicos como la vida o la integridad física, perjuicios al patrimonio o a la salud, lo que acarrearía la realización del tipo de injusto de un delito que puede ser cometido dolosa o culposamente, aumentando así, dentro del catálogo de delitos penales aquéllas acciones de quienes obrando con dolo o con culpa, ocasionan un daño a un bien jurídico tutelado, que se produce cuando se sobrepasa un riesgo permitido, faltando al deber de cuidado del que se estaba obligado no faltar, y que en la medida en que dichas acciones peligrosas sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad social, deben estar permitidas, principalmente en el caso de las conductas peligrosas para ciertos bienes jurídicos tutelados que se tipifican por el legislador cuando las mismas no han sido adecuadas socialmente.

A consecuencia del desarrollo y del progreso científico y tecnológico, industrial y económico, en la sociedad moderna se realiza una pluralidad de actividades que gozan de la propiedad común de originar multitud de “nuevos” riesgos, generalmente como consecuencias o efectos “secundarios” no deseados, los cuales tienen su origen en decisiones y actividades humanas que llevan

consigo la realización de eventos que pueden causar daños cuantiosos a la sociedad, como por ejemplo, las que tienen que ver con la energía atómica, la informática, la genética, la fabricación y comercialización de productos potencialmente peligrosos para la vida y la salud. Características de estos nuevos riesgos son tanto sus grandes dimensiones como la indeterminación del número de personas a las que potencialmente amenazan.

Es dentro de este contexto de riesgo donde la doctrina ha hecho una distinción fundamental dentro de la teoría del delito, distinguiendo entre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad, los delitos de lesión o daño y los delitos de peligro abstracto y concreto.

Al respecto nos dice Roxin que los delitos de resultado: “son aquellos delitos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada en el tiempo y en el espacio de la acción del autor. P.e. el delito de homicidio: entre la acción (introducir un punzón en el cuerpo de la víctima) y la obtención del resultado (la muerte) hay una distancia temporal y espacial. En otras palabras, son los que se consuman con la lesión efectiva para el bien jurídico tutelado por la norma penal².

Hay tipos que exigen la producción de determinado resultado (como el homicidio, en que sólo puede ser la muerte) y otros que no lo hacen, o sea, que no precisan el resultado típico, sino que cumplen el tipo con la sola realización de la conducta (como en el caso de la injuria). Cuando no se exige

la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, este puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico. Se llama a los primeros, es decir, a aquellos delitos en el que el tipo exige un resultado determinado, delitos de resultado, y a los segundos delitos de mera actividad.

2. Delitos de resultado y delitos de mera actividad.

En Costa Rica, son delitos de resultado los delitos de Homicidio culposo, Aborto culposo, Lesiones culposas, Quiebra culposa, Desastre culposo y Evasión por culpa, **y delitos de mera actividad** los delitos de Atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones, Circulación de sustancias envenenadas o adulteradas, Menosprecio de los símbolos de una Nación extranjera, Violación de sellos y Peculado, entre otros.

En los delitos de peligro abstracto la realización del injusto típico se agota en la última acción realizada por del autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado, en el sentido de un efecto exterior separado espacial y temporalmente de la acción (como se dice al definir en los delitos de resultado). Estos delitos pueden llevarse acabo por comisión por acción o por omisión, como lo serían por ejemplo, el delito de Perjurio o la omisión de auxilio. Los delitos de peligro abstracto son siempre delitos de mera actividad cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración del legislador.

Recordemos que la concepción personal de lo ilícito considera que junto a la lesión

del bien jurídico (disvalor del resultado), se deben incluir los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (disvalor de la acción). La completa exclusión del disvalor del resultado en la actualidad vendría no sólo a confundir el tema de los delitos de peligro abstracto sino que también vendría a eliminar toda la diferencia que la doctrina ha realizado entre los hechos en estado de tentativa, los hechos frustrados y los hechos finalmente consumados.

Ahora bien, una vez entendido lo anterior debemos decir que el resultado típico debe distinguirse de la lesión al bien jurídico tutelado. **Resultado significa la lesión o la puesta en peligro del objeto material de la acción, que es espacial y temporalmente separado de la misma.** La lesión al bien jurídico significa **la relación entre la acción típica o puesta en peligro de la pretensión de respeto al valor protegido por la disposición penal.** También los delitos de peligro abstracto contienen la violación a un bien jurídico tutelado. Concibiendo el tema desde un punto de vista más conceptual podríamos afirmar que todo delito tiene un resultado y en los delitos de peligro abstracto ese resultado es la propia acción del autor, que se presenta como la misma realización del tipo penal. Por otro lado, en los delitos de resultado, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el resultado se considera abarcado por la acción típica, de modo que la importancia de la separación es relativa. La importancia de la distinción entre los delitos de peligro abstracto y de resultado está en la relación de causalidad que tiene mucha importancia en los delitos comisivos para efecto de la imputación del resultado al tipo objetivo. No así en los delitos de mera actividad, en los que para determinar

2 Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336.

la consumación del hecho sólo se requiere examinar la concurrencia de la propia acción del autor si entrar a analizar el tema referido a la relación de la causalidad.

Actualmente se hace mención a los delitos de de peligro abstracto, de mera actividad o de pura actividad porque la doctrina mayoritaria ha diferenciado entre los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de daño, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. Esto trae como inmediata consecuencia que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo objetivo requiera la comprobación de la acción más el peligro concreto sufrido por el bien jurídico protegido, mientras que para los delitos de peligro abstracto es más que suficiente la comprobación de la acción típica por lo que no es necesario verificar la existencia de un resultado de lesión o de peligro al bien jurídico tutelado, y por tanto, tampoco cabe plantearse la cuestión de la imputación objetiva, lo cual es una característica de estos delitos de mera actividad, pues como dijimos, se cumplen con la realización de la acción solamente.

3. Significado de peligro, riesgo y miedo, en relación a su concepción artificial-no normativa. El daño.

Nos dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acerca de los siguientes términos que:

Peligro: “es el riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal”,

agregando una segunda acepción según la cual peligro también es “el pasaje, paso, obstáculo u ocasión en que aumenta la inminencia del daño”.

Riesgo: se entiende como “*peligro, contratiempo posible, daño, siniestro eventual garantizado por las compañías de seguros mediante el pago de una prima, exposición*”.

Miedo: “*es el sentimiento de gran inquietud suscitado por un peligro real o imaginario*”³.

Los anteriores conceptos marcan una pauta muy interesante dentro del tema de estudio, pues tienen gran relevancia para el desarrollo de nuevos conceptos penales. Pero en el tema de los delitos de peligro abstracto, es de gran importancia el término peligro del que Maurach nos dice que: “*se califica de peligro a un estado irregular, no usual, en el que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva, la producción de un daño*”⁴.

De los datos obtenidos de los conceptos anteriores podemos establecer con seguridad que dos componentes característicos del peligro son: 1) La probabilidad de que se produzca un resultado o riesgo inminente y 2) El carácter dañoso o lesivo de ese resultado. Consecuentemente, si falta uno de esos dos componentes no estaríamos ante un peligro real. Por ello, como señala Von Rohland: “*No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo*

3 Larousse, Nuevo Diccionario Manual Ilustrado, por Ramón García-Pelayo y Gross, 2000.
4 Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo I, 1962, p. 277.

concuera con nuestros intereses o no los afecta”⁵.

Por otro lado, debe considerarse a la probabilidad como un juicio objetivo acerca del mayor o menor grado de posibilidades de que un acontecimiento se produzca, o sea, que se relaciona con las razones que normalmente determinan la producción de un resultado. En consecuencia, existen distintos grados de probabilidad, lo cual conduce lógicamente a aceptar que existen distintos grados de peligro. En otras palabras, al examinar dos situaciones distintas, podemos establecer cual de ellas es más peligrosa siguiendo el criterio de la mayor o menor probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. Pero ese no es el único modo de determinar el grado de peligrosidad de una situación. En efecto, ante dos situaciones distintas, también podemos establecer cuál de estas es más peligrosa mediante la selección de aquella que probablemente puede producir un daño mayor. En consecuencia, en este otro aspecto también juega el criterio de probabilidad.

Salas Almirall nos explica de una manera clara las distintas concepciones que en torno al concepto de peligro ha formulado la dogmática y señala que dicho concepto ha sufrido una importante evolución, paralela a la de la teoría del delito. Se ha pasado de una concepción subjetiva del peligro a una concepción objetiva, y termina en las modernas doctrinas sobre la conducta peligrosa y el estado o situación de peligro. Las posiciones son las siguientes:

5 Von Rohland, La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, p. 18.

a) La concepción subjetiva del peligro: deriva de la óptica causal-mecanicista sobre el mundo. Según esta concepción, todos los fenómenos están sujetos a la necesidad y a las reglas de la causalidad. Sin embargo nosotros sólo percibimos el funcionamiento del mundo a través de generalizaciones y abstracciones, por lo que nuestro saber es limitado, tanto del punto de vista nomológico (a nivel normativo; de lo creado por el legislador) como ontológico (del ser de la conducta misma). De ahí que, hagamos prognosis a partir de determinados antecedentes. Surge entonces la duda y la necesidad, y con ellas, el peligro. Por ello el peligro es sólo el aspecto subjetivo de esa posibilidad pero carece de entidad como fenómeno real, calificándose así como “*el hijo de nuestra ignorancia*”. Dicho de otro modo, si conociéramos todas las leyes de la causalidad, no tendríamos ninguna duda sobre las consecuencias de determinado evento y el peligro no existiría. Hoy en día esta concepción ha sido abandonada. Resulta absurdo que el Derecho Penal, que va dirigido a seres normales, tome como punto de referencia un ser omnisciente que no existe más que como abstracción. Por último, un concepto subjetivo de peligro es inservible para interpretar la ley penal, pues el legislador toma en cuenta el peligro estimado.

b) La concepción objetiva del peligro: peligro como probabilidad/posibilidad de lesión: abandonada la concepción subjetiva del peligro con la crisis del pensamiento causal radical (naturalista), pasó a considerarse

el peligro como una realidad (concepción objetiva). La cuestión consiste en determinar si existió la situación de peligro. Para ello es necesario previamente establecer el llamado “*grado de probabilidad*”, es decir, cuál es el grado de posibilidad exigido. Averiguando el grado de probabilidad deseado (51 % frente al 49 % de posibilidades de producción del daño), la verificación de la situación de peligro debe realizarse forzosamente a través de una determinada valoración: se trata del llamado juicio de peligro; son los elementos de este juicio lo que han provocado mayor discusión y la propia crisis del punto de vista en estudio sobre el peligro⁶.

c) Concepción normativa del peligro: Corcoy Bidasolo propone la asunción de la teoría normativa del peligro como único concepto válido para el Derecho Penal. La teoría normativa del peligro trata precisamente de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente ex ante, relevante desde la perspectiva del derecho penal. En el estado actual de la ciencia no se conocen todas las leyes de probabilidad, lo que implica que, en el caso concreto, incluso conociendo todas las circunstancias concurrentes en una determinada situación, existen factores que actualmente para nosotros son aleatorios y de los que depende que se produzca o no el resultado lesivo. Por consiguiente, el concepto normativo de peligro, como concepto de peligro válido para el Derecho Penal, se ha de definir como “*probabilidad de lesión de un bien jurídico*

pena”. El grado de probabilidad exigible, será lo que determine, en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico⁷.

En la valoración de dicha probabilidad hay que tomar en consideración otras variables que no tienen relación alguna con la probabilidad causal-naturalista, como son la clase de bien jurídico-penal afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada. En consecuencia, para calificar una conducta como peligrosa habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor. Dicha situación de peligro operará como límite a la incriminación de conductas. La legitimidad del castigo de dichas conductas peligrosas está vinculada al respeto de dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho⁸.

Respecto a lo que debemos entender por daño, hemos de decir que éste es un concepto de carácter normativo, producto de una valoración jurídica. En efecto, en términos naturales no se concibe la noción de “*daño*”, sino que lo que se percibe es

únicamente la existencia de eventos, o sea, de modificaciones o transformaciones de las condiciones internas o externas imperantes en ese momento. Ahora bien, sólo cuando estos eventos son valorados como constitutivos de una situación que lesiona la vida de relación entre los hombres, se obtiene el concepto de daño, en su verdadero significado. Por ello se afirma que: “*Solo sobre la base de la situación de un sujeto respecto de un bien de la vida, tutelado por una norma, es como puede entenderse completamente el concepto de daño*”⁹.

Recordemos que el concepto de “*acción*” va ligado a un comportamiento humano exterior, material o empíricamente manifestable, tanto comisivo como omisivo¹⁰. Por así decirlo, es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final¹¹.

En atención a ello, hay que señalar que los eventos que causan alteraciones en la situación de los bienes protegidos sólo pueden considerarse como “*dañosos*”, en sentido estricto, cuando provienen de una acción humana, aunque esta no sea culpable.

En efecto, las alteraciones perniciosas que puedan derivarse de la acción de fuerzas naturales no constituyen daños desde el punto de vista jurídico, a menos que su origen se encuentre en un comportamiento humano que haya logrado utilizarlas para sus fines particulares.

En consecuencia, la noción de peligro comporta un juicio objetivo, o sea, una valoración, no sólo del grado de posibilidades de que un acontecimiento se produzca (probabilidad), sino también de la naturaleza intrínseca de ese acontecimiento, para determinar si, en caso de producirse, resultaría lesivo para un bien jurídico determinado.

Sobre el juicio de peligro nos dice Enrique Bacigalupo lo siguiente:

“La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio ex-ante). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que

6 Salas Almirall, S., Consejo General del Poder Judicial, Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro, Ponencia, Serie: Penal, pp. 68-69.

7 Corcoy Bidasolo, Mirentzu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 34 y 45.

8 Ibídem, p. 52.

9 Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal, Buenos Aires, Depalma, 1965, p. 262, citado por Zúñiga Morales, Ulises, La tentativa: su configuración en los delitos de peligro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, Junio 1990.

10 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Editorial Trotta, p. 110.

11 Muñoz Conde, Francisco, Teoría general del delito, 2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 9.

si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento ex-post de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado”¹².

4. Relación entre los conceptos de lesión y de peligro.

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio o daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el Derecho Penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

Como vimos, el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado

por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante, que se emite, situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico).

Para saber por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, porqué tipos de carreteras viajaba, que clase de auto conducía, etc., y segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico.

Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado: sólo la acción que considerada ex ante (es decir, situándose en el lugar del autor en el momento en que es realizada),

es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo.

5. Concepto y naturaleza de los delitos de peligro.

La categoría de los delitos de peligro se obtiene por contraposición a la categoría de los delitos de lesión al Bien Jurídico Tutelado; o sea, que analizadas varias figuras penales, llegamos a la conclusión de que algunas se consuman con la producción de una lesión o un daño efectivo, y por otro lado, otras exigen para su consumación únicamente la producción de un peligro.

Lo que se lesiona en unos y se pone en peligro en otros es el Bien Jurídico Tutelado. En nuestro país, al respecto nos dicen los juristas Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas lo siguiente: “*Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico), se conocen como delitos de mera actividad (v. gr. incumplimiento de deberes, falso testimonio), o de mera inactividad (omisión de auxilio). Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los delitos*

de resultado (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida. Los delitos de lesiones requieren, como mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días). En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre delitos de lesión (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y delitos de peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar”¹³.

Por otro lado, Bacigalupo nos dice que: “*La teoría ha distinguido tradicionalmente entre los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario”¹⁴.*

Por su parte Hassemer los define como aquéllos en los que “*...no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar”¹⁵.*

12 Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Hammurabi, 1999, p. 313.

13 Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto, Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, San José, Costa Rica, Ministerio Público de Costa Rica, p.p. 91-92.
14 Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, (Parte General), Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, 2ª Edición, Temis-ILANUD, 1984, p.p. 101-102.
15 Hassemer, Winfried, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p. 275.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con lo que se acaba de expresar. Algunos de ellos, especialmente de origen alemán, formulan la distinción entre delitos de lesión y de peligro no ya con relación al bien jurídico, sino con referencia a lo que normalmente se conoce como “*objeto de la acción*”, que se define como la persona o la cosa sobre la cual recae la actividad delictiva y que coincide con lo que los autores italianos y españoles denominan “*objeto material del delito*”.

En nuestra opinión, los delitos de peligro son aquellos cuya consumación se produce tan pronto el bien jurídico respectivo ha corrido el riesgo de ser lesionado.

Según Ulises Zúñiga Morales¹⁶ , debemos inclinarnos por el criterio que formula la distinción con fundamento en la referencia al bien jurídico tutelado, lo cual implica aceptar –como consecuencia lógica-, que todo delito produce un resultado, ya sea de una lesión, para el bien jurídico tutelado por la respectiva norma penal. Las razones para rechazar la opinión de quienes intentan formular la distinción con relación al objeto de la acción la expone magistralmente Escrivá Gregori¹⁷ y son las siguientes:

a) Primero, porque al Derecho Penal le interesa no tanto el ataque al objeto material sino más bien la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos; de modo que aquél ataque sólo tiene sentido o importancia cuando se produce la afectación de los valores ideales que tutela la norma penal.

b) Segundo, porque algunos delitos de peligro no exigen al ataque a un objeto material. (Véase por ejemplo, el artículo 230 del CP, que fue declarado inconstitucional mediante voto 6410-92 de las 15:12 hrs. del 26 de noviembre de 1996 y que sancionaba a los que indebidamente tuvieran en su poder o fabricaren ganzúas u otros instrumentos que sirven para facilitar la comisión de delitos contra la propiedad).

c) Tercero, porque si la distinción se basa en el objeto material y no en el bien jurídico, entonces no se ofrece el criterio adecuado para la solución de ciertos problemas que surgen cuando el peligro desemboca en la causación de una lesión, como sucede, por ejemplo, en ciertos delitos donde concurren el peligro y la lesión.

d) Porque algunos tipos considerados tradicionalmente como delitos de daño (el hurto, por ejemplo) no suponen una lesión al objeto material (cosa ajena) sino más bien una lesión al bien jurídico tutelado (patrimonio o propietario).

Con respecto a la naturaleza de los delitos de peligro, lo único importante señalar es que se trata de tipos penales creados por el legislador, por lo que formalmente no se diferencian de los delitos de daño o lesión. La diferencia está más bien con el resultado que produce cada uno de ellos, pues mientras los delitos de daño le ocasionan una lesión efectiva al bien jurídico, los delitos de peligro provocan sólo el riesgo de que se produzca

esa lesión. Y es que como dice Reyes Echandía, existen intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor¹⁸.

Podríamos decir que la utilización de los delitos de peligro abstracto se justifica en la peligrosidad de la acción y en su aptitud para lesionar un bien jurídico individual o la infracción de la norma.

6. Clasificación de los delitos de peligro.

Dependiendo de la clase de riesgo que corre el bien jurídico, los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, y dependiendo del número de titulares del bien jurídico que resultan afectados, dichas infracciones se clasifican en delitos de peligro individual y delitos de peligro común o general.

6.1. Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Delitos de peligro concreto son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. En consecuencia, tales delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular.

Nos dice Bacigalupo que:

“La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo

real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto”¹⁹.

Al respecto nos dice Roxin que los delitos de peligro concreto: “son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular. Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de “peligro concreto” que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción

16 Zúñiga Morales, Ulises, La tentativa: su configuración en los delitos de peligro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, Junio 1990, pp. 16-17.
17 Escrivá Gregori, José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 41-42.

18 Reyes Echandía, Alfonso, Derecho Penal, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Décima Edición, 1986, p. 163.
19 Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 1999, p. 312.

y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. P.e. los adelantamientos temerarios”²⁰.

Por lo general, el legislador sigue dos caminos distintos para la creación de esta clase de delitos: el primero consiste en requerir expresamente que la conducta cause un peligro, haga surgir un peligro o ponga en peligro un bien, como ocurre por ejemplo en los delitos de Incendio o explosión, Inutilización de defensas contra desastres y Peligro de naufragio y de desastre aéreo. El segundo camino consiste en exigir también en forma expresa que la conducta “pueda causar un perjuicio” como se hace por ejemplo en los delitos de Falsificación de documentos públicos y auténticos y Falsedad ideológica.

Por su parte, delitos de peligro abstracto son aquellos cuyo tipo penal no sólo no requiere la causación de un daño sino que tampoco exige la causación efectiva y cierta de un peligro. Más bien, lo que ocurre es que, en la base de estas figuras, existe la suposición legal de que se trata de conductas que representan normalmente un peligro para determinados bienes jurídicos. Por ello, algunos autores han indicado que se trata de una presunción “*juris et de jure*” de peligro; es decir, una presunción que no admite prueba en contrario²¹. En estos delitos, como

dice Wessels, “la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular”²².

Al hablar de la clasificación anterior, hay que puntualizar que esta se obtiene propiamente del análisis de cada tipo penal en particular, según se exija expresamente o no que la conducta del agente haya causado peligro. Se trata, pues, de una distinción perteneciente por entero a la dogmática del Derecho Penal. En efecto, como ya hemos visto, en tales ilícitos más bien no se permite o tolera tal demostración. Dicho en otras palabras, basta probar la existencia de la conducta para que quede demostrada también la existencia del peligro; de modo que este último se entiende como una consecuencia necesaria de la realización de la figura penal.

La diferencia entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto puede ser ejemplarizado de la siguiente manera: “*si una persona conduce bebida y después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo, con un giro de volante esquivar a éste, puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de peligro abstracto en éste mismo ámbito podría venir referido a la condición bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando uno*

conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica”²³.

Es importante mencionar que la doctrina ha distinguido entre delitos de peligro abstracto formales y delitos de peligro abstracto materiales. Los primeros, los que contienen conductas que no afectan ningún bien jurídico, son los que han sido declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional. En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido, ello de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro. En general, sin embargo, se admite que en los delitos de peligro abstracto se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro²⁴.

6.2. Delitos de peligro individual y de peligro común o general.

Como ya se dijo antes, esta clasificación atiende al número de titulares del bien jurídico que resultan afectados por la consumación del delito.

Así, se denominan delitos de peligro individual aquellos que han sido tipificados para sancionar conductas que producen riesgo para la vida o

la salud de una determinada persona, como sucede, por ejemplo, en el delito de Agresión con Arma (artículo 140 del CP).

En cambio, se denominan delitos de peligro común o general, aquellos en que se pone en riesgo la vida, salud o propiedad de un conjunto indeterminado de personas o cosas. Así ocurre, por ejemplo, en nuestro Código Penal, con la mayor parte de los delitos que atentan contra el bien jurídico tutelado “*Seguridad Común*”.

Vale la pena aclarar que, para los efectos de este trabajo, la clasificación que tiene mayor importancia es la que se expuso primero, o sea, la que distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, situación que se hará notoria de seguido precisamente en el desarrollo del tema referente a la tentativa en los delitos de peligro.

7. Principales críticas a los delitos de peligro abstracto.

Como lo vimos líneas atrás, y para resumir, la ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico lo tomamos como un concepto normativo, y por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o el daño de

20 Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336.
21 Bettiol, Giuseppe, Op. Cit., p. 195.
22 Wessels, Johannes, Op. Cit., p. 10.

23 Hefendehl, Roland, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECP 04-14 (2002), <http://criminet.ugr.es/recpc>
24 Tribunal de Casación Penal, Nº 2002-1021, 11:00 hrs., del 19/12/2002, voto salvado del juez Llobet. Según don Francisco Dall’Anese, esta posición termina suscribiendo una posición contraria a la constitución en lo sustantivo al admitir delitos de peligro abstracto, así en lo procesal al cargar la prueba de la inocencia del imputado con lo que se niega la presunción de inocencia. En ese sentido ver Dall’Anese, Francisco, Derecho Penal: lo científico y lo político, en Democracia, Justicia y Dignidad Humana, Homenaje al Profesor Walter Antillón, Editorial Jurídica Continental, 2004, p.147.

un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio o de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el Derecho Penal también es punible la puesta en peligro de bienes jurídicos.

El peligro es también un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro, es pues, un juicio *ex ante* tal y como lo vimos, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso conocer la situación de hecho en que se realiza la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (lo que llamamos como conocimiento ontológico) y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir, que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico

(conocimiento que llamamos nomológico según la doctrina).

El concepto de peligro también lo utilizamos para apoyar un concepto unitario de dolo y para fundamentar la expansión del Derecho Penal que tiene su máxima expresión en los delitos de peligro.

La distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro tiene razón de ser en relación con bienes jurídicos de carácter individual con un soporte físico material u objeto de la acción (como la vida, la integridad física y la propiedad). En este caso, tanto la lesión como la puesta en peligro en concreto del bien jurídico, son realidades tangibles que son objeto de prueba en el correspondiente proceso penal. Sin embargo hay supuestos en los que el peligro a los que se refiere el delito en cuestión es meramente abstracto y no va referido directamente a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos inmateriales tales como la seguridad del tráfico automovilístico, la salud pública o el medio ambiente. En estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta la seguridad colectiva y sólo indirectamente a bienes jurídicos individuales cuya puesta en peligro concreto queda fuera de la configuración típica, aunque en algunos casos se aluda también a la puesta en peligro de estos bienes jurídicos sin explicar si es una puesta en peligro concreta o abstracta. Esta doble naturaleza plantea complejos y difíciles problemas interpretativos a la hora de solucionar el nivel de peligrosidad requerido, la relación concursal entre el delito de peligro y el delito de resultado, el grado

de conciencia y aceptación que requiere el dolo de peligro y su diferencia con el dolo de lesión²⁵.

Todo ello ha producido una enorme expansión del Derecho Penal que se utiliza como un instrumento de intervención en sectores tradicionalmente alejados del Derecho Penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública o la economía. Y para hacer más eficaz esa intervención se recurre a los *delitos de peligro hipotético*, cuyo supuesto de hecho describe una aptitud o idoneidad de la acción típica para producir resultados lesivos o incluso catastróficos, y a técnicas legislativas como la norma penal en blanco, hasta el punto de que incluso, prescindiendo de la idea de peligro ya la infracción de una norma extrapenal (generalmente de carácter reglamentario administrativo) es constitutiva de delito²⁶.

La consecuencia de todo ello es también una funcionalización del Derecho Penal. Esta tendencia a la funcionalización se explica y justifica por Jakobs, como características de una sociedad que posibilita contactos relativamente anónimos en los que el alcance del deber de los participantes se determina primordialmente en función del

rol que objetivamente desempeñan, y no en función de sus conocimientos o posibilidades de actuación individuales. Si a ello se añade –continúa Jakobs– que los participantes disponen de objetos peligrosos (como los vehículos de motor) o realizan actividades peligrosas para el medio ambiente, la salud pública, etc., parece lógico que el legislador procure regular centralizadamente dichas actividades dejando poco espacio, por no decir ninguno, a la subjetividad del individuo²⁷. Pero esto no quiere decir que una regulación específicamente penal (otra cosa es la jurídico-administrativa) puede prescindir de los principios básicos que informan al derecho penal; el de intervención mínima que requiere la demostración de un cierto grado de peligrosidad para el bien jurídico de la acción delictiva; el de legalidad, que requiere que en el supuesto de hecho de la norma penal se tipifique con la mayor precisión la conducta prohibida; y el de culpabilidad que exige siempre para la imposición de una pena, como mínimo, un grado de participación subjetiva del autor del delito que, por lo menos, pueda calificarse de imprudente.

La principal crítica que cabe hacer a esta tendencia a la funcionalización es la pérdida de contenido material del injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos²⁸.

25 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, 2002, p. 307.

26 Muñoz Conde, Francisco Op. Cit., p. 307.

27 Jakobs, Günther, La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente, Editorial CDJ, 1999; en sentido similar Jakobs, Günther y Calcio Meliá, Manuel, Derecho Penal del Enemigo, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

28 En ese sentido ver las críticas de Mendoza Buergo, Blanca, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, España, Ediciones Civitas, S.L., Primera Edición, 2001 y Silva Sánchez, Jesús-María, La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Post-industriales, Segunda Edición, revisada y ampliada, Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, 2001.

Las principales críticas a los delitos de peligro abstracto por parte de la doctrina son las siguientes:

En primer lugar, que en los delitos de peligro abstracto no existe un verdadero y grave conflicto que sugiera la intervención del Derecho Penal como el medio adecuado para solventar el conflicto; simplemente olvida el legislador que en la formación de catálogos delictivos, la política criminal es sobre todo la política de los bienes jurídicos: selección de los bienes, intereses, relaciones consideradas merecedoras y necesitadas de tutela coactiva con respecto a determinadas conductas lesivas o peligrosas, siendo en función de los bienes jurídicos que se limita la intervención del poder punitivo, afirmándose de ésta manera que sólo cuando sea absolutamente necesario debe recurrirse al Derecho Penal, al derecho sancionador y en general a cualquier limitación de la libertad (Principio de Intervención Mínima). En síntesis, al no concretar los delitos de peligro abstracto cuál es amenaza real que existe para el bien jurídico, y al no poder determinarse que lo que se busca proteger son bienes jurídicos indispensables para las personas, se quiebra el principio de intervención mínima.

En segundo lugar, al no verse en los tipos de peligro abstracto cuál es la lesión o la amenaza real para algún Bien Jurídico, y no poder establecerse cuál es en última instancia el bien protegido en la norma, se contraviene el principio de lesividad, ya que

aunque no exista lesión o amenaza para las personas y sus bienes jurídicos, el sistema penal considera que debe intervenir por el simple hecho de tranquilizar a la Sociedad y de mantener la norma. Es decir, se tipifican conductas en las cuales el bien jurídico es impreciso o no está clara su importancia para ser merecedor de tutela penal ya que no se evidencia claramente el contenido lesivo de la conducta, configurándose de esta forma los denominados *delitos de consumación instantánea*, los cuales, una vez agotados contienen per se una antijuricidad material que los constituye.

En tercer lugar, y en relación con la vulneración al principio de proporcionalidad, debe recordarse que el Estado reprime al individuo solamente para garantizar la convivencia armoniosa y solidaria de todos los habitantes y en los casos en los que se produce la lesión de bienes jurídicos que se consideran fundamentales, siendo éste el fundamento legitimador del Derecho Penal. Se ve claramente cómo la orientación del Derecho Penal del Riesgo, hace que se castigue al individuo a pesar de que no exista lesión para algún bien jurídico o ésta sea ínfima, y que aún sin estar comprobado que es el medio adecuado para proteger un bien jurídico o que con la conducta tipificada se lesiona el bien, se plantea su utilización de manera indiscriminada, provocando la mínima o no comprobable dañosidad concreta del comportamiento y el aumento del marco penal, con peligro para el principio de proporcionalidad²⁹.

29 Mendoza Buergo, Blanca, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, España, Ediciones Civitas, S.L., Primera Edición, 2001, p. 96.

En cuarto lugar, con la creación de bienes jurídicos supraindividuales y la utilización de delitos de peligro abstracto, se castiga a la persona que realiza la conducta descrita en las normas, es decir, se le imputa el delito, a pesar de que no se logra comprobar si realmente el bien jurídico ha sido lesionado o puesto en peligro con su accionar. Es esta manera, se vulnera también el principio de culpabilidad al sancionar conductas en las que no se ha provocado alguna lesión o circunstancia objetivamente peligrosa y en las que no se puede establecer el nexo causal entre el actuar de la persona y sus consecuencias.

En quinto lugar, el *Derecho Penal del Riesgo*, al hacer uso de los delitos de peligro abstracto con protección de bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, en atención a los fines de máxima prevención de la política criminal, se instaura la presunción del peligro de la conducta por el simple aumento del riesgo, lo que tiene como consecuencia que se tiene como responsable desde el inicio de la investigación a la persona que realizó la acción mientras ésta no demuestre que no hubo ni lesión ni puesta en peligro, siendo que “*la presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material*”³⁰.

Lo anterior señala el cambio que tiene lugar en la orientación de la carga de la prueba dentro del proceso penal, ya que al no

30 Mendoza Buergo, Blanca, Op. Cit., p.80.

comprobarse la relación de causalidad entre un hecho y una lesión y al conformarse con la presunción de que la conducta es peligrosa, se lesiona el principio de inocencia porque es la persona la que debe demostrar que su accionar no fue peligroso para algún bien jurídico o que no es la causa, es decir, se deja de presumir la inocencia de la persona y se le considera responsable de un determinado hecho mientras no se demuestre lo contrario. Se rompe por tanto con la característica de exclusión de la carga de la prueba, la cual parte de que la culpabilidad es la que debe ser demostrada en el proceso y no la inocencia, siendo la prueba de la culpabilidad el objetivo y no la de la inocencia, excluyéndose de esta forma la obligación del imputado de probar su inocencia. Además preocupa que el legislador recurra a la no necesaria constatación de los elementos de la imputación subjetiva (dolo-culpa) ya que lo que se realiza es la imputación objetiva que viene a estar determinada por el simple hecho de realizar una conducta.

En sexto lugar, se observa en los delitos de peligro abstracto que se complica la distinción entre la persona que cometió el delito y otros que pudieron haber sido participantes; esto por cuanto el tipo de bienes jurídicos que se protege es difuso y no es sencillo establecer el nexo causal entre varias conductas y la lesión o puesta en peligro de dicho bien, a lo que debe sumarse que los riesgos son producidos en una sociedad compleja, dificultando aún más el poder atribuir el dominio del hecho a un autor en específico o el dominio funcional del hecho en los casos de coautoría. De esta manera,

se violentan los principios de inocencia y de culpabilidad, toda vez que no existe certeza de que la persona ha sido el autor del hecho pero aún así se decide imputarlo como autor y no mero partícipe, ya que de ésta manera se alcanzan los fines máximos de la política criminal de prevención anticipada y máxima intervención. Además, al no diferenciar los casos entre autoría y participación en los delitos de criminalidad organizada, se condena con fundamento en un Derecho Penal de autor, sin si quiera examinar quien tiene el dominio del hecho ni examinar su forma o grado de participación por el mero hecho de pertenecer a la organización criminal.

En una contemplación global del Derecho Penal moderno, se dice, se caracterizaría porque de hecho, la función real que estaría cumpliendo no sería la instrumental de protección de bienes jurídicos que le corresponde propiamente y por la que se legitima el Derecho Penal; por el contrario, la función que realmente estaría cumpliendo sería una predominantemente simbólica. Por ello se afirma con regularidad que el Derecho Penal Moderno en general es sinónimo de Derecho Penal Simbólico.

El discurso crítico en realidad, asume y acepta que una función simbólica, así como la producción de ciertos efectos simbólicos, son consustanciales o inherentes a toda ley penal y además que los mismos tienen que ser reconocidos en principio como legítimos. La mayoría de los efectos de prevención de la pena, especialmente los correspondientes a la denominada prevención general positiva, tendrían en alguna medida un carácter simbólico, y en todo caso, son efectos que van unidos de modo necesario a la amenaza y a la imposición de toda pena.

Según la opinión más extendida, se considera que los efectos simbólicos del Derecho Penal tendrían una valoración negativa cuando se compruebe que su producción constituye la única finalidad real de la ley penal, o bien cuando predominen de modo relevante sobre los efectos instrumentales que será lo más frecuente.

Este será el caso cuando respecto a las leyes penales se de una oposición entre la “*realidad*” y la “*apariencia*”, entre lo “*manifiesto*” y lo “*latente*”, y en definitiva, un engaño en el sentido de que aquéllas no cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección porque han sido promulgadas únicamente para la producción (función latente) de efectos meramente simbólicos para dar tranquilidad a la ciudadanía en general.

Como vemos, los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho Penal, pues al prescindir del perjuicio o lesión, se prescinde también de demostrar la causalidad. Por ello, basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado, por lo que el trabajo del juez queda así facilitado extraordinariamente.

Con esta reducción de los presupuestos del castigo, utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto, disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo actual del derecho penal debe ir encaminado a dar nuevas y mejores soluciones, sin dejar de lado los valiosos aportes del garantismo, pues no puede ser permisible un avance dogmático del derecho penal a costa de los derechos y de los intereses de los imputados, por ser la parte atacada y en desventaja dentro del proceso. Sin embargo, esta nueva expansión debe tener en claro la dicotomía de funciones y finalidades dentro del proceso, donde concomitantemente las partes buscan el equilibrio de sus intereses y la resolución que refleje para la sociedad aquello que llamamos justicia, por lo cual se hace necesario resaltar la necesidad de una avance jurídico que tutele las garantías de una persona de manera sin olvidar la protección de los derechos fundamentales.

2. Conforme a las críticas que en el presente trabajo de investigación se han

estudiado respecto a los delitos de peligro abstracto en general, podemos concluir que el uso indiscriminado de delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado.

3. Corresponde al legislador -como órgano electivo y representativo- adoptar la ideología adecuada para regular y normativizar las conductas que considere causen un daño social. Sin embargo, es necesario que los estudiosos del derecho manifiesten de forma vehemente sus inquietudes y oposiciones con respecto a la violación de garantías fundamentales cuando en la tarea del Poder Legislativo se llegue a límites inaceptables, ya sea producto de una inadecuada política criminal, del populismo penal o de reacciones o tendencias que no tengan claro el vasto y amplísimo desarrollo de la protección de esas garantías.