



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

La tentativa en los delitos de peligro abstracto

Joaquim Bages Santacana



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**

La tentativa en los delitos de peligro abstracto

Joaquim Bages Santacana

INTRODUCCIÓN.....	10
PRIMERA PARTE. PERSPECTIVA Y MÉTODO	36
I. Planteamiento general	36
II. La norma primaria como norma de determinación de conductas	45
1. Antecedentes históricos del debate acerca de la esencia de la norma primaria..	45
2. Fundamentación del carácter imperativo de la norma primaria	48
III. La Política Criminal de base constitucional como referencia axiológica del sistema dogmático	56
1. Sistemas dogmáticos cerrados	56
2. Sistemas dogmáticos abiertos.....	61
SEGUNDA PARTE. LA TENTATIVA	68
I. Introducción	68
II. Naturaleza jurídica de la tentativa.....	72
1. Perspectivas sobre la naturaleza jurídica de la tentativa.....	72
2. La tentativa de delito como figura atípica	74
3. La tentativa de delito como figura típica	77
3.1. La tentativa de delito como tipo idéntico al del delito consumado	77
3.2. La tentativa de delito como tipo distinto al delito consumado	81
III. Fundamento de la punición de la tentativa	84
1. Contexto histórico	84
2. Teorías exclusivamente objetivas.....	91
2.1. Teorías objetivo-materiales	91
2.2. Teorías objetivo-formales.....	97
3. Teorías exclusivamente subjetivas	98
3.1. Teoría subjetiva basada en la voluntad delictiva exteriorizada	98
3.2. Teoría subjetiva basada en la peligrosidad del autor	101
4. Teorías mixtas de carácter objetivo-subjetivo	105
4.1. Teoría de la impresión	105
4.2. Teorías mixtas cuya circunstancia objetiva de referencia es la peligrosidad de la conducta	111
5. Concepto legal de tentativa.....	122
5.1. Introducción.....	122
5.2. Significado del adverbio “objetivamente” utilizado en la definición legal del concepto de tentativa (art. 16.1 CP).....	124
5.2.1. Planteamiento del debate	124
5.2.2. El adverbio “objetivamente” como exigencia de peligrosidad ex post	128
5.2.3. El adverbio “objetivamente” como exigencia de peligrosidad ex ante	129
6. Distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea.....	136
7. La tentativa punible y los delitos de peligro consumados.....	142
8. Determinación del marco penal de la tentativa	146
IV. Estructura del tipo de la tentativa.....	157
1. Tipo objetivo en la tentativa	157
1.1. Planteamiento del debate	157

1.2. El comienzo de la tentativa.....	159
1.2.1. Introducción.....	159
1.2.2. Teorías exclusivamente subjetivas	161
1.2.3. Teorías exclusivamente objetivas.....	168
a) Teoría objetivo-formal	168
b) Teorías objetivo-materiales basadas en la causalidad efectiva	170
c) Teorías objetivo-materiales basadas en la causalidad hipotética	172
1.2.4. Teorías mixtas de carácter objetivo-subjetivo	175
1.3. La terminación de la tentativa	183
1.3.1. Introducción.....	183
1.3.2. Sujetos a los que corresponde la realización de los actos ejecutivos necesarios para la producción del delito.....	185
1.3.3. Valoración objetiva o subjetiva del grado de ejecución alcanzado	190
2. Tipo subjetivo en la tentativa	194
2.1. Introducción.....	194
2.2. Similitudes y diferencias con el tipo subjetivo del delito consumado.....	199
2.3. El dolo y la resolución de delinquir en la tentativa	201
V. Recapitulación	208
TERCERA PARTE. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO	216
I. Introducción	216
II. Origen, evolución y críticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto	223
III. Legitimidad de los delitos de peligro abstracto	237
IV. Diferencias entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto	249
V. Objeto de protección en los delitos de peligro abstracto	255
1. Introducción.....	255
2. Concepto de bien jurídico-penal.....	265
3. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses sin ninguna referencia en algún valor individual	280
4. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses conectados a algún valor individual.....	288
4.1. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses carentes de toda autonomía respecto de valores individuales	288
4.2. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses autónomos respecto de valores individuales	290
4.3. Las distintas posiciones de la jurisprudencia española a partir de un caso particular: los delitos contra la Hacienda Pública	301
4.3.1. Introducción.....	301
4.3.2. Concepciones favorables a la ausencia de bien jurídico o al carácter formal del bien jurídico supraindividual	306
a) Concepciones exclusivamente patrimonialistas	309
b) Concepciones no exclusivamente patrimonialistas	315
VI. Modalidad de ataque en los delitos de peligro abstracto.....	320
1. Introducción.....	320
2. El concepto de peligro	326
3. Concepciones acerca de la modalidad de ataque.....	336
3.1. Formalismo basado en la inobservancia de la norma.....	336

3.2. Formalismo basado en la presunción del peligro como motivo de la incriminación	344
3.3. Tesis basadas en la lesión de la seguridad en la disposición de bienes	352
3.4. Tesis basadas en la comparación con el tipo objetivo de la imprudencia .	355
3.5. Tesis basadas en la comparación con el tipo objetivo de la tentativa inidónea	365
3.5.1. Fundamentación político-criminal.....	365
3.5.2. Fundamentación dogmática.....	373
VII. Los delitos de peligro abstracto y la teoría de la imputación objetiva.....	391
VIII. Recapitulación	404

CUARTA PARTE. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO

ABSTRACTO	410
I. Introducción	410
II. La teoría de la imputación objetiva en la dogmática de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto.....	418
III. La tentativa como pauta interpretativa de los delitos de peligro abstracto.....	438
IV. El delito de tentativa en los delitos de peligro abstracto	458
V. Casos prácticos como banco de pruebas.....	473
1. Supuesto nº 1: delitos contra la seguridad vial (art. 379.2 CP)	473
2. Supuesto nº 2: delitos contra la salud pública (art. 368 CP).....	480
3. Supuesto nº 3: delitos de falsedad documental (art. 390 CP).....	484
4. Supuesto nº 4: delitos de incendios (art. 352 CP).....	488
5. Supuesto nº 5: delito de tenencia ilícita de armas (art. 563 CP).....	493
6. Supuesto nº 6: delitos contra el medio ambiente (art. 325 CP)	499
7. Supuesto nº 7: delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP)	507
VI. Recapitulación.....	511
CONCLUSIONES.....	518

Índice abreviaturas:

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
Art.	artículo
Cap.	capítulo
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Consejo de Europa
Cfr.	confrontar
Coord.	coordinador
CP	Código penal
Ed.	editorial
ed.	edición
EM	Exposición de Motivos
etc.	etcétera
EEUU	Estados Unidos de América
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LO	Ley Orgánica
nº	número
p./pp.	página/s
Párr.	párrafo
PG	Parte General

P.ej.	por ejemplo
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias
RAE	Real Academia Española
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDL	Real Decreto Legislativo
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
s.f.	sin fecha
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
TC	Tribunal Constitucional español
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TS	Tribunal Supremo español
trad.	traducido por
UAB	Universidad Autónoma de Barcelona
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	véase

INTRODUCCIÓN

La proliferación de los llamados delitos de peligro abstracto en el Código Penal es, sin duda, uno de los fenómenos más característicos del proceso de constante reforma al que se ha sometido al Derecho Penal. Si bien la figura del delito de peligro no constituye una novedad, puesto que los sistemas penales centrados fundamentalmente en los delitos de lesión castigaban a través de la tentativa la amenaza no consumada a la integridad de los bienes jurídicos. Lo cierto es que a partir de mediados del siglo XX se opera un cambio de tendencia en virtud de la cual deja de exigirse en determinados casos dolo respecto a una eventual lesión del bien, así como la producción de ésta, lo que evidencia las insuficiencias de los delitos imprudentes y de la tentativa para abarcar aquellas conductas que no se dirigen dolosamente a atacar contra un bien y que finalmente no desencadenan consecuencias lesivas. Esto obliga a efectuar un giro hacia la anticipación de las fronteras de protección penal, inicialmente mediante un mayor recurso al modelo del peligro concreto, después con la utilización de los delitos de peligro abstracto. En el seno de este proceso es tal la profusión con la que se ha recurrido a los delitos de peligro abstracto que la significación de los delitos de peligro concreto puede calificarse actualmente de marginal, y correlativamente los modelos de tipificación basados en los primeros se erigen en el “tipo estándar” de las reformas penales modernas. La razón más usualmente esgrimida para justificar la sustitución o incluso evitación de los delitos de peligro concreto, en favor de los delitos de peligro abstracto, es que con éstos se soslayarían las dificultades probatorias de aquéllos.

En los últimos años, tanto la doctrina, como la jurisprudencia han dedicado singular atención al peligro abstracto como técnica legislativa como consecuencia de varios factores, entre los que cabe destacar, no sólo la imparable fuerza con la que se ha difundido, sino también los problemas de legitimidad que no pocos autores han advertido en ella¹. Ciertamente mucho se ha escrito sobre los delitos de peligro abstracto

¹ La introducción de la perspectiva político-criminal en el Derecho Penal es una de las principales consecuencias de la evolución de las bases político-ideológicas del sistema dogmático. Nos lo muestran con insuperable maestría las obras de dos de los más insignes pensadores del Derecho Penal contemporáneo como son ROXIN y MIR PUIG. Añade este último que el progreso científico-tecnológico ha aproximado el Derecho Penal a la realidad, lo que ha permitido tomar conciencia de la necesidad de que la consecuencia dogmática solucione la cuestión material de acuerdo con valoraciones político-criminales. Vid. ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal* (trad. Bustos Ramírez / Hormazabal Malarée), Ed. PPU, Barcelona, 1992, pp. 36 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pp. 324 y ss.

y, si alguna afirmación más o menos categórica puede realizarse en el momento presente con la perspectiva que proporciona el paso del tiempo, es que constituyen una técnica de tipificación plenamente consolidada desde la óptica del derecho penal positivo². En efecto, de la evolución legislativa se desprende una creciente y cada vez más desacomplejada tendencia del legislador a recurrir a este sistema de incriminación de conductas. Esta dinámica sería una de las manifestaciones más relevantes de la asunción por parte del derecho penal de algunas de las técnicas de protección propias del derecho administrativo sancionador y, consecuentemente, de la tendencia a la llamada *sobrecriminalización* de conductas³.

A mi entender estos datos incontestables obligan en cierto modo a replantear los términos de la discusión suscitada alrededor de los delitos de peligro abstracto, en particular acerca de su fundamentación. Tradicionalmente este debate se ha reconducido al análisis de los delitos de peligro abstracto desde la óptica del principio de lesividad, en relación con el cual han surgido enconadas posturas, algunas de las cuales se han significado por negar toda justificación a estos tipos y abogar, en consecuencia, por su total eliminación del CP. Sin embargo, es fácilmente constatable que se han invertido muchos menos esfuerzos en ofrecer propuestas interpretativas de estas modalidades delictivas cuya vocación principal sea restringir el alcance del tipo, también desde la óptica del principio de proporcionalidad. A la vista de que no se divisa un horizonte con un Derecho Penal sin delitos de peligro abstracto, a priori resulta más fructífero explorar vías de interpretación más pragmáticas que posibiliten, en su caso, aplicarlos restrictivamente a la luz del mencionado principio, así como de los intereses protegidos constitucionalmente⁴. Se trata de verificar, en suma, si el recurso a esta técnica de

² En efecto, la transición de un modelo de “delitos de lesión de bienes individuales” a otro de “delitos de presunto peligro para bienes supraindividuales” ha auspiciado un proceso de introducción de nuevos objetos de protección así como de anticipación de las fronteras de protección, al amparo del cual tanto la estructura como el contenido de numerosos tipos penales han sido sometidos a sustanciales modificaciones. Describe estas transformaciones con brillante precisión, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed. Edisofer, Montevideo / Buenos Aires, 2011, p. 132 y ss.

³ Como observa SILVA SÁNCHEZ, el Derecho Penal de las sociedades postindustriales asume lógicas y estructuras de razonamiento propias del Derecho Administrativo, como la valoración de la lesividad desde una perspectiva global a partir de la acumulación o repetición de la misma conducta. Se consagra así un Derecho Penal “de gestión ordinaria de grandes problemas sociales”. Una de las consecuencias de las “administrativización” del Derecho Penal es la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación a través de la formalización de los tipos penales. *Ibidem*. pp. 131 y ss.

⁴ Entre los autores que proponen soluciones de síntesis en las que se intentan combinar los puntos de vista de las posiciones más radicales, reviste especial interés la sugerente interpretación de los delitos de

tipificación puede tener su base en la naturaleza del interés tutelado y en las especiales características que han de reunir los comportamientos que se pretenden someter a una pena⁵, no en una flexibilización o incluso eliminación de los presupuestos generales de la teoría de la imputación objetiva, entendida ésta como una acabada síntesis entre el dogma del bien jurídico y la teoría de los imperativos⁶.

Ciertamente, el carácter muchas veces poco realista de las propuestas procedentes de los sectores críticos con los delitos de peligro abstracto ha repercutido negativamente en su capacidad de incidencia o de impulso legislativo, y ha favorecido por consiguiente el triunfo de corrientes situadas en el otro extremo, lo que se pone especialmente de manifiesto a partir de la orientación político-criminal de las sucesivas reformas del CP, así como en algunos de los criterios jurisprudenciales más ampliamente aceptados. Parece evidente, en definitiva, que a día de hoy las voces que defienden la erradicación de los delitos de peligro abstracto no son una “amenaza” para las posturas favorables a su existencia de signo más radical. Una de las consecuencias de la ausencia o falta de solidez de una oposición realista ha sido el allanamiento del camino para efectuar interpretaciones acusadamente formales de estos tipos, las cuales han encontrado en la falta de alternativas viables el entorno más propicio para sus intereses político-criminales⁷. Los efectos de estas interpretaciones formales, que pueden considerarse hegemónicas, se manifiestan en aspectos tan esenciales como son la determinación del grado de lesividad mínimo de las modalidades típicas de ataque, al abundar

peligro que efectúa CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 21 y ss.

⁵ En línea con la opinión más extendida en la doctrina, parto en este estudio de una justificación mixta de la pena – que se ha dado en llamar “teoría de la unión”– en la que se combinan aspectos retributivos y preventivos. Existe un cierto consenso en que la pena, conceptualmente, contiene dos elementos que deben ser analíticamente diferenciados: la desaprobación y la irrogación de un mal. Así pues, al margen de ulteriores precisiones que no es posible abordar aquí, la pena puede definirse genéricamente como una “respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal”. Vid. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, nº 4, 2014, p. 3; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, en *InDret*, nº 2, 2015, pp. 3 y ss.

En contra de lo que amplios sectores estiman, en cuanto al elemento retributivo, relativo en concreto al merecimiento de pena, entiendo que no sólo sirve para *limitar* la pena, sino que también es útil para *justificarla*, en la medida que la conducta se relacione con la afectación de intereses considerados socialmente valiosos.

⁶ Como expone HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en *InDret*, nº 1, 2016, pp. 3 y ss., el concepto de imputación objetiva se lo debemos a LARENZ, quien conscientemente enlazó sus tesis con la doctrina de la acción de HEGEL desarrollada en el S. XVIII.

⁷ Sobre la existencia de “conductas que aun adecuadas al tipo legal no son típicas” por no afectar el bien jurídico de modo jurídico-penalmente relevante, RUSCONI, *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 29 y ss.

concepciones que se conforman con la pertenencia del acto a una clase de conductas en abstracto peligrosas; o en la delimitación de los bienes jurídico-penales tutelados, al estimarse en muchos casos que la finalidad de la norma se articula alrededor de la autoafirmación de su vigencia.

En la práctica esto se ha traducido en una propensión a aplicar los delitos de peligro abstracto de manera “automatizada” y al margen de la Teoría del Delito, como demuestra el hecho de que se dispense a la acusación del deber de probar la adecuación de la conducta en el caso concreto dentro de los presupuestos de la exigencia de responsabilidad penal, de modo que la labor del juzgador demasiado a menudo se limita a comprobar la pertenencia del comportamiento a una clase de actos estadística o generalmente peligrosos, en cuyo caso la infracción se estima consumada⁸. P.ej., a propósito del delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas previsto en el primer inciso del art. 379.2 CP, se considera suficiente que la ingesta incida negativamente en el estado psíquico-físico del sujeto, aunque la misma no provoque una conducción irregular o antirreglamentaria en el caso concreto. Se produce así una respuesta uniforme e indiscriminada frente a supuestos que podrían admitir matices entre sí, en caso de que fuera posible identificar en ellos un distinto contenido de injusto, de acuerdo con una interpretación material del tipo⁹.

A estas alturas del debate acerca de la expansión del Derecho Penal poco o nada original resulta afirmar que la misma va indisolublemente unida a graves déficits de certeza y

⁸ Según MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 78 y ss., la supuesta facilidad de aplicación de los delitos de peligro abstracto se debe a que en ellos no es necesario probar ni la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, ni un nexo causal entre este resultado y la conducta típica, ni tampoco la concreta peligrosidad de esta última. Con esta técnica se pretendería optimizar la eficacia en el control de conductas. Opina la autora que otros rasgos de este modelo son, a parte de por la difusión de los delitos de peligro abstracto, la implementación de delitos de emprendimiento y de consumación anticipada, así como la punición específica de más actos preparatorios.

⁹ Una de las razones que esgrimen los defensores de los delitos de peligro abstracto para justificarlos es que a través de ellos se elimina el componente de azar presente en los delitos imprudentes de lesión, al entender que frecuentemente no depende del autor que el hecho cause la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico-penal. En esta línea, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, pp. 325 y 326, considera que “los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales se suelen configurar como delitos de peligro abstracto, no exigiéndose, pues, ni la lesión ni la puesta en peligro concreta del bien jurídico en cuestión, debido a la imposibilidad de su comprobación. Como señalan algunos autores, el medio para una protección jurídico-penal eficaz de los bienes jurídicos supraindividuales y los objetos de ataque, en cuanto objetos ideales, consistiría en los delitos de peligro abstracto, con el ‘peligro’ que ello conlleva de ampliar demasiado el ámbito del Derecho penal a comportamientos en los que falta el merecimiento o la necesidad de pena, o en los que, dándose ambos requisitos, falta la necesaria proporción entre la entidad del delito y la entidad de la pena”.

garantías, por lo que los objetivos de esta investigación se enmarcan, en una panorámica más amplia, entre los intentos de introducir una mínima racionalidad en las tareas de creación, aplicación e interpretación de las normas jurídico-penales (y por lo tanto en la elaboración de la dogmática jurídico-penal). Para valorar la racionalidad de tales decisiones de orden jurídico y político-criminal, se acude a los parámetros por el momento más estables y seguros, así como más coincidentes con los juicios de la comunidad¹⁰, esto es, a los criterios que emanan de los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*, singularmente de los de legalidad, lesividad y proporcionalidad. Desde la Filosofía del Derecho esta postura se ha dado en llamar “constitucionalista” o “neoconstitucionalista”¹¹, denominación que estaría justificada al menos por lo que tiene de expresiva de una concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación en garantía de determinados ámbitos de libertad. Por otro lado, un desarrollo coherente de esta perspectiva obliga a resaltar – y a defender – la importancia de los controles y críticas que sobre las leyes penales efectúan tanto los Tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional; y a sostener, sobre todo en relación con los primeros, que su cometido no se agota en la labor de subsunción, al ser una cierta ponderación de derechos y valores intrínseca – y me atrevería a decir que incluso deseable en la medida que permite una respuesta adecuada a las particularidades del caso concreto – a todo procedimiento argumentativo de decisiones en el ámbito jurisdiccional. La cuestión de si el legislador ha actuado “bien” o “mal”, de los juicios de valor que ha manejado, no tiene por qué caer fuera del ámbito de control jurisdiccional, entre otras razones porque la delimitación entre lo permitido y lo prohibido no puede hacerse al margen de esta valoración. Resulta por lo demás discutible presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción, pues el primer mecanismo no consiste en otra cosa que en obtener la regla a partir de los principios para después “subsumirla” en el caso concreto; una regla que además no puede devenir arbitraria en tanto que ha de aplicarse en el futuro respetando el principio de universalidad, y que asimismo ha de configurarse de manera coherente con el resto del Ordenamiento jurídico.

¹⁰ Como expone ROBINSON, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en *Constitución y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 41 y 42, “recientes investigaciones científico-sociales han revelado que, cuando el Derecho penal refleja las opiniones de la comunidad, ello tiene un valor práctico para el control del delito. Un Derecho penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidad lo percibe como justo, consigue credibilidad moral en la comunidad, lo que se traduce en un mayor respeto, apoyo y cooperación con el sistema de justicia penal. En cambio, un Derecho penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa al hacer justicia, pierde credibilidad moral entre la comunidad, y, por tanto, reduce su influencia. Las personas estarán menos dispuestas a respetarlo, a cooperar con él, o a seguir sus órdenes. Si a estas poderosas fuerzas de influencia social se añade la disuasión general y la inocuización de las personas peligrosas inherentes a la que es vista como una distribución justa de la responsabilidad penal y de la pena, se hace difícil justificar la adopción de normas que entran en conflicto con las opiniones de la comunidad”.

¹¹ Refiriéndose a las distintas acepciones de los términos “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”, ATIENZA RODRÍGUEZ, “Constitucionalismo y Derecho Penal”, en *Constitución y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 19 y ss.

La introducción de criterios de racionalidad en el sistema, así como la admisión de la técnica de la ponderación como método exegético del Derecho Positivo, pasa por advertir la existencia de un doble plano de validez interna en las normas jurídicas: la validez formal o vigencia, que supone el cumplimiento de los requisitos de forma y procedimiento; y la validez sustantiva que requiere la satisfacción de los criterios de contenido o de fondo que se manifiestan en los derechos fundamentales. Este doble plano hace posible que el Derecho formalmente válido pueda ser considerado (materialmente) inválido, es decir, que pueda ser criticado desde el prisma de su legitimidad con criterios estrictamente jurídicos. Al hilo de esto, el principio de proporcionalidad suministra un fundamento legitimador de la intervención penal, el cual, pese a no estar expresamente previsto en la Constitución, podría extraerse de la propia vigencia de ésta, al ser una consecuencia lógica de la existencia de derechos y bienes constitucionales potencialmente expuestos a chocar entre sí. Así pues, desde esta perspectiva constitucionalista los derechos fundamentales serían principios de los que extraer mandatos de optimización, en virtud de los cuales por definición se ordena que algo debe realizarse en la mayor medida posible (en este caso, el desarrollo de los derechos fundamentales). Como decía, cuando se producen conflictos entre derechos o principios, éstos sólo pueden resolverse aplicando un test de proporcionalidad, el cual no se configura como un procedimiento arbitrario al obedecer a criterios de racionalidad. Según ello, la ponderación debe emplearse como un método no puramente casuístico, sino como un tipo de racionalidad guiada por la construcción de una taxonomía basada en la clasificación y diferenciación de casos y reglas, y que va estableciendo en qué circunstancias – esto es, en qué casos – unos principios prevalecen sobre otros¹².

Estas posturas no tendrían cabida en una visión exclusivamente imperativista del Derecho Penal como conjunto de reglas en la que el merecimiento de pena se fundamentara sólo en el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Esta concepción, tan en boga en los últimos tiempos y en la que se basan las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto, no permitiría captar la idea de que el propósito último de la hermenéutica jurídico-penal no es desvelar la intención de la autoridad, sino contribuir al desarrollo de los valores que tratan de promoverse a través del Derecho Penal. De ahí la importancia de instrumentos argumentativos basados en la ponderación, y la relevancia en éstos de la referencia a bienes jurídicos. Aunque interpretar no es inventar el Derecho, sí es hasta cierto punto desarrollarlo a los efectos de guiar y mejorar la práctica jurídica así como las instituciones sociales.

Por lo demás, los intentos de racionalizar la Ley penal con arreglo a juicios de ponderación (de signo constitucional) aparecen como una empresa particularmente dificultosa en un entorno legislativo en el que las incesantes reformas penales han derivado en una eflación de las garantías. Ante esta realidad normativa, que *de facto* podría considerarse irreversible en muchos de sus aspectos, como señala CORCOY BIDASOLO, la cuestión central ya no estriba tanto en qué Derecho Penal queremos o *debe ser*, sino sobre todo en qué Derecho Penal con un

¹² *Ibidem.* p. 36.

nivel de garantismo “medio” podemos conseguir o *puede ser*, pues hay que ser conscientes de que difícilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto a número de modalidades típicas, al aumentar éstas en una progresión y proporción antes nunca conocidas¹³. Esta merma de garantías para el acusado se ha visto agravada por la cada vez mayor importancia que se concede a los derechos de las víctimas, al operar los derechos humanos de éstas como uno de los motores de la expansión del Derecho Penal¹⁴. La situación descrita aconseja concentrar la mayor parte de los esfuerzos en realizar una interpretación restrictiva de los preceptos penales, así como respetuosa con las garantías que (todavía) pueden identificarse en ellos. En esta dirección, para no terminar configurando un Estado policial, los criterios de eficacia deben combinarse con el aseguramiento de que cualquier clase de restricción de la libertad esté respaldada por la constatación de que la conducta prohibida implica un riesgo para terceros y, además, de que esa intervención no va a provocar un mal mayor que el que trata de evitar, lo que tiene como presupuesto un escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad tanto en la existencia de la prohibición como en la clase y medida de la pena¹⁵.

En este orden de ideas, el problema central que concitan los delitos de peligro abstracto, del que surgen las objeciones dogmáticas y político-criminales formuladas históricamente en su contra, se refiere al hecho de que han sido interpretados y aplicados en el sentido de posibilitar el castigo de hechos carentes de peligrosidad, al haberse llegado a la convicción de que comportamientos coincidentes con la descripción típica son antijurídicos aunque, en atención a las circunstancias del caso, sea inidóneos para producir un menoscabo en el bien jurídico tutelado por la norma penal. Esto ha dado la cobertura necesaria a quienes denuncian la falta de legitimidad de los delitos de peligro abstracto debido a la falta de lesividad o peligrosidad de las conductas incluidas en el tipo, al poner al descubierto el problema de la no coincidencia entre la infracción formal del precepto y la vulneración del fin de protección de la norma, si se considera que éste ha de ser la protección de bienes jurídicos frente a conductas que sean capaces de crear un peligro señaladamente intenso para los mismos. Estos problemas a los que se ha aludido se vinculan – y en cierta medida se han agudizado – con el empleo del modelo del peligro abstracto como técnica de protección de bienes jurídicos supraindividuales.

¹³ CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales”, en *Constitución y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 153.

¹⁴ *Ibidem*. pp. 156 y 157.

¹⁵ *Ibidem*. p. 154.

El panorama descrito ha propiciado el ensayo de nuevos modelos de interpretación de los delitos de peligro abstracto en virtud de los cuales, sin negar la necesidad de intervenir penalmente en aras a la prevención de ciertos comportamientos indeseables, se postula que ello debe hacerse de un modo compatible con principios del sistema penal que se consideran irrenunciables por tener un alcance legitimador del mismo, como son las garantías de legalidad, certeza, seguridad, intervención mínima, *ultima ratio*, lesividad para bienes concretos, culpabilidad y proporcionalidad. No abogan estas tesis por “retornar” a un sistema previo y mejor, sino por intentar perfeccionar un ideal garantista nunca del todo implementado, y en consecuencia por superar las crisis de efectividad y legitimidad que amenazan la orientación del sistema hacia la que parece valorativamente correcto avanzar¹⁶. Esta línea, en la que se inscribe la presente investigación, aspira en definitiva a enriquecer y materializar el tipo de los delitos de peligro abstracto a través de algunos de los criterios que aporta la teoría de la imputación objetiva, singularmente la teoría de la adecuación, los cuales se tratará de demostrar que pueden ser transversales y por lo tanto extrapolables al injusto penal en general.

El origen de la discusión esbozada se sitúa en Alemania, dónde el tema de la expansión de la responsabilidad penal desde hace tiempo se relaciona con una determinada teoría de los tipos de delito, en concreto con la teoría de los delitos de peligro abstracto¹⁷. Ello ha llevado incluso a proponer modificaciones en la tradicional clasificación tripartita entre delitos lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto. Se habla, p.ej., de “delitos de aptitud” para referirse a lo que se considera una forma mixta de “delitos de peligro abstracto-concreto”, cuya nota principal sería que no exigen la creación de un peligro concreto, al bastar con que la conducta muestre un incremento del riesgo de lesión respecto de la conducta atípica¹⁸. Se habla también de delitos de acumulación para designar aquellos tipos en los que inadecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico no es la excepción, sino la regla, en cuyo caso la conducta ni siquiera abstractamente sería peligrosa¹⁹. Sin embargo, según la opinión que será desarrollada en las páginas que siguen, la tradicional clasificación tripartita sigue siendo válida. En este sentido, tanto los llamados delitos de aptitud como los delitos de acumulación serían delitos de peligro abstracto según la configuración que de éstos se propondrá, lo que no prejuzga la respuesta que se dé a la cuestión de la legitimidad de algunas de estas formas delictivas.

¹⁶ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 7.

¹⁷ KUHLEN, “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 225.

¹⁸ *Ibidem*. pp. 226 y ss.

¹⁹ *Ibidem*. pp. 227 y ss.

Procede avanzar ahora, por un lado, que la categoría de los delitos de peligro abstracto no se define de forma puramente negativa, en el sentido de agrupar en ésta aquellos delitos que no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro concreta del bien jurídico. Esta definición resultaría totalmente inútil, al renunciarse con ella al establecimiento de límites para la categoría de los delitos de peligro abstracto, con la consiguiente privación de toda función crítica a esta tipología delictiva. Y, por otro lado, estimo que no pueden existir delitos sin bien jurídico, como “delitos de conducta”, ni delitos que protejan pretendidas necesidades colectivas elementales sin un referente individual claro. Subyace a todo ello la discusión acerca de por qué el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, la cual se ha visto reforzada en los últimos tiempos con la inclusión del debate anglosajón acerca del principio del daño (“*harm principle*”), cuyo contenido, pese a ser similar al del principio del bien jurídico, se considera que amplía las posibilidades de fundamentación del Derecho Penal. Tal ha sido el vigor del debate acerca de los delitos de peligro abstracto, que algunas corrientes doctrinales han renunciado a seguir sosteniendo la aspiración de clasificar todos los delitos en una categoría concreta, al admitir la posibilidad de construir un catálogo casi infinito de categorías mixtas, como la de “delitos de aptitud y de acumulación” o de “delitos de peligro abstracto en sentido clásico con componentes de aptitud”²⁰. Con todo, la introducción de una lista ilimitada de categorías intermedias debe rechazarse porque con ella se pierde la manejabilidad y la propia capacidad de convicción del peligro abstracto como técnica de incriminación. En efecto, de poder alcanzar las categorías vinculadas al peligro un número tan alto, lo apropiado sería replantearse justamente la posibilidad de implantación de una clasificación jurídica.

A continuación se enuncian algunos de los grupos de casos en los que se concita la problemática expuesta, es decir, casos en los que en función de si prima una interpretación formal o material del tipo las consecuencias punitivas pueden presentar variaciones de calado. En todos ellos cabría preguntarse si la conducta, aunque inicie la ejecución del verbo rector del tipo, lo realiza en grado de tentativa e incluso si la actuación debería considerarse penalmente impune por ser insuficiente el grado de afectación del bien jurídico, es decir, por entrañar el acto un nivel de peligrosidad inferior al requerido por el tipo²¹.

²⁰ *Ibidem*. pp. 231 y ss.

²¹ De hecho la punición de la tentativa explica en cierto modo la aparición de los delitos de peligro. A medida que el legislador fue tomando conciencia de que el Derecho Penal no sólo tiene una finalidad represiva, sino también preventiva, a través de la tentativa se empezaron a incriminar formas de puesta en peligro de bienes jurídicos. Sobre ello, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 326 y ss.

– Supuesto nº 1. En relación con el art. 379.2 CP, el sujeto A, quien presenta una tasa de impregnación etílica superior a 0,60 mg/l por litro de aire espirado, se dispone a desaparcar su vehículo, desplazándolo levemente (a penas medio metro), momento en que un agente de policía toca la ventana y le ordena detener la marcha, por lo que no llega a incorporarse a la zona de la vía por dónde circulan los vehículos.

– Supuesto nº 2. En relación con el art. 368 CP, el sujeto B introduce, sin recibir ninguna contraprestación a cambio, una pequeña cantidad de heroína en el centro penitenciario en el que su hijo se encuentra recluso para que éste pueda paliar el grave síndrome de abstinencia que padece. La entrega se produce directamente entre padre e hijo aprovechando una entrevista entre ellos, si bien el hijo en el momento en el que se dispone a consumir la sustancia se percata de que la ha perdido.

– Supuesto nº 3. En relación con el art. 390 CP, el sujeto C, en ejercicio de sus funciones como funcionario público, altera una resolución judicial en uno de sus elementos esenciales y la guarda en un cajón de su escritorio, con la intención de incorporarla en unos días al expediente correspondiente, siendo descubierto antes por otro funcionario.

– Supuesto nº 4. En relación con el art. 352 CP, el sujeto D provoca el incendio de una pequeña masa forestal situada en una zona de alta montaña totalmente apartada en la que no hay nadie más, pudiendo acceder a ella sólo alpinistas expertos y en la que el frío y la nieve impiden la propagación del fuego.

– Supuesto nº 5. En relación con el art. 563 CP, el sujeto E, quien es coleccionista de armas antiguas, manipula una pistola de principios del siglo XX, adquirida reglamentariamente en un anticuario, para que vuelva a estar en condiciones de disparar.

– Supuesto nº 6. En relación con el art. 325 CP, el sujeto F, empresario de profesión, realiza vertidos de sustancias contaminantes en el subsuelo pero, tras tener conocimiento de que un grupo de vecinos ha interpuesto una denuncia policial contra él, adopta las medidas necesarias para impedir que llegue a originarse ningún efecto negativo para el ecosistema. Podría analizarse también qué sucede si la propia policía

impide materialmente la prosecución de los vertidos a través del precinto de la zona en la que se realizaban.

En el mismo supuesto podría plantearse la hipótesis de que el empresario adopte las medidas correctoras necesarias como consecuencia de la intervención del órgano encargado de la supervisión del funcionamiento del modelo de prevención de delitos de la sociedad (art. 31.bis CP), el cual le informa de que podría haber incurrido en responsabilidad penal o le sanciona de acuerdo con el sistema disciplinario previsto en dicho modelo.

Este caso pone de manifiesto que la disertación acerca de la posibilidad de tentativa o de exclusión material del injusto en delitos de peligro abstracto también resulta relevante en relación con aquellos supuestos en los que puede exigirse responsabilidad penal a la persona jurídica. El todavía novedoso régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha centrado buena parte de la atención de la doctrina española en los últimos años desde su introducción en la LO 5/2010. Un interés que se ha incrementado como consecuencia de la abasta revisión a la que tal regulación ha sido sometida en virtud de la LO 1/2015. La Ciencia Penal todavía no ha alcanzado a resolver definitivamente la mayoría de aspectos controvertidos que se suscitan alrededor de esta materia, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial. Entre los más candentes destaca el que versa sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica consagrado por el Derecho Penal positivo, es decir, sobre si la persona jurídica responde por un hecho propio (autorresponsabilidad) o ajeno (heterorresponsabilidad).

Al margen de esta discusión aún latente, lo cierto es que el delito en todo caso debe haberse cometido en nombre o por cuenta de la sociedad, y en su beneficio directo o indirecto. Esto es lo que ocurre en el supuesto planteado, en el que el responsable de la empresa realiza el vertido en nombre o por cuenta de la misma, lo que la beneficia directamente a ella, toda vez que la comisión del delito le permite ahorrar los costes derivados de un tratamiento de las sustancias contaminantes con arreglo a la legislación medioambiental vigente. La posibilidad de tentativa o la irrelevancia penal de determinadas conductas formalmente típicas en los delitos de peligro abstracto en los que sea exigible responsabilidad penal a la persona jurídica resalta todavía más la actualidad de la discusión acerca del modo en que los mismos deben ser interpretados.

– Supuesto nº 7. En relación con el art. 301 CP y los arts. 1, 2 y 18 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el sujeto G se dispone a vender un solar al sujeto I a sabiendas de que éste va a pagar con dinero procedente del tráfico ilegal de drogas, pero finalmente renuncia a celebrar el contrato de compraventa porque tiene conocimiento de que la entidad de crédito que debía efectuar la transferencia ha comunicado al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias que existen indicios de que la operación está relacionada con el blanqueo de capitales.

Debido a las deficiencias que a mi juicio presenta una interpretación meramente formal de la tipicidad en esta constelación de casos, combinadas con la necesidad de elaborar propuestas de solución realmente viables, el objeto de mi tesis se dirige sustancialmente a plantear las posibilidades de configurar una línea de interpretación restrictiva de los delitos de peligro abstracto que permita modular la respuesta penal de acuerdo con la Teoría del Delito, singularmente con el principio de proporcionalidad (el cual, naturalmente, guarda relación con el de lesividad al ser la intensidad de la perturbación del bien jurídico uno de los parámetros para valorar la proporcionalidad de la reacción punitiva)²². Se abordarán por lo tanto aspectos muy concretos de la dogmática de los delitos de peligro abstracto con la finalidad de centrar el debate, no tanto en cuestiones de legitimidad desarrolladas ya profusamente por la doctrina, sino en el establecimiento de criterios materiales con vocación restrictiva del tipo²³. Mi

²² No son pocos los autores según los cuales la teoría del bien jurídico-penal muestra signos de agotamiento o se halla directamente en crisis. Sin embargo, estas voces no han sido todavía capaces de ofrecer una alternativa realmente factible a la consideración del bien jurídico-penal como parámetro valorativo tanto a nivel dogmático como político-criminal. Por ello la doctrina mayoritaria sigue confiando en los réditos que eventualmente pueda proporcionar el bien jurídico-penal como mecanismo racionalizador del sistema, a través de su doble vertiente como guía interpretativa del Derecho positivo y como instancia crítica. Por lo tanto, la afectación de un bien jurídico-penal sigue siendo en general la fuente de legitimidad político-criminal de los tipos penales. Como expone HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (trad. Alcácer Guirao / Martín Lorenzo / Ortiz de Urbina), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 53, “a la doctrina jurídico-penal del bien jurídico le ha sido siempre asignada una función decididamente crítica –lo que implica no sólo una vertiente ‘deconstructiva’ sino también una constructiva-. De una parte, en relación con la legislación (y por tanto en un sentido directamente político-criminal) dicha función ostenta una enorme significación en tanto opera como hilo conductor para la fundamentación y limitación de la génesis y formulación de los tipos penales, así como para su sistematización en el marco del Código Penal. De otra parte, ha de servir como ayuda a la aplicación de los preceptos recogidos en la Parte Especial, en tanto funciona como criterio orientativo de la interpretación”.

²³ A mi entender resultan especialmente perturbadoras determinadas presunciones de peligro que algunas corrientes admiten con carácter irrefutable y vinculante. Como he apuntado, en los delitos de peligro abstracto pueden encontrarse criterios restrictivos de la tipicidad en la redefinición de estos parámetros de

pretensión es, en consecuencia, articular alternativas a una concepción meramente formal de los delitos de peligro abstracto a través de mecanismos que puedan ser realmente útiles y operativos dentro de la realidad legislativa en la que se enmarcan. Para alcanzar este objetivo estimo que las vías más fructíferas podrían ser dos. Por un lado, la concerniente a una correcta determinación del mínimo grado de peligrosidad de cualquier conducta penalmente relevante. Por otro, relacionada con la anterior, la que gira entorno a la aplicación de los requisitos del tipo objetivo de la tentativa inidónea a los delitos de peligro abstracto.

Para ello se huye de extremismos que a día de hoy sólo pueden tener sentido en el contexto de un debate estrictamente político-criminal, y de *lege ferenda* en el campo dogmático, por lo que mi estudio sobre la fundamentación de los delitos de peligro abstracto se enfoca desde una visión crítica con las tesis que los contemplan sólo en su dimensión formal, pero sin negar de antemano toda posibilidad de justificación a esa técnica de incriminación. Todo ello con el fin de que pueda graduarse la intensidad del injusto y, por ende, de que la aplicación de dichos tipos se realice con más restricciones que las actuales, o cuanto menos que la gravedad de la respuesta punitiva esté mejor acompañada con la gravedad del hecho.

En este orden de ideas, en determinados supuestos algunas conductas formalmente susceptibles de ser subsumidas en algún tipo de peligro abstracto en realidad pueden no merecer ser penadas bajo las ópticas de los principios de ofensividad y proporcionalidad²⁴. Se estudiarán por ello las razones político-criminales que pueden aconsejar dejar impune algunas conductas formalmente coincidentes con un tipo de peligro abstracto por no darse en ellas la carga de lesividad para el bien jurídico exigible en la tentativa inidónea, que es la mínima predicable de todo injusto penal, sobre todo cuando el mismo comportamiento integre una infracción administrativa consumada. En estos supuestos razones vinculadas a los principios limitadores del Derecho Penal en un

valoración del riesgo de la conducta. Con mayor detalle, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 80 y ss.

²⁴ Si el Estado puede imponer como máximo una cantidad de mal cuya gravedad se corresponda con la gravedad del mal ilícito, sólo puede ser considerada justa la cantidad de mal a la que el autor del delito se ha comprometido con el hecho punible cometido en ejercicio de su libre autonomía. Abundan en ello, PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, p. 34; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva...”, pp. 4 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *RDPC*, nº 11, 2014, pp. 119 y ss.

Estado social y democrático de Derecho pueden convertir en preferible una reacción extrapenal, en caso de que ésta esté en condiciones de ser igualmente eficaz desde la perspectiva de la prevención²⁵. El marco discursivo del objeto de estudio puede perfilarse así un poco más, en el sentido de avanzar que éste no versará ni sobre la dogmática de la tentativa ni sobre la dogmática de los delitos de peligro abstracto en su integridad, sino sobre un aspecto mucho más particular que podría catalogarse como una suerte de dogmática de la tentativa en los delitos de peligro abstracto. En estas coordenadas críticas a la par que posibilistas es dónde estimo posible hallar algunas limitaciones razonables al radio de aplicación del tipo de los delitos de peligro abstracto.

Al menos aparentemente, todos los partidarios de recurrir a la técnica del peligro abstracto parecen exigir límites a su punición, en especial que la conducta sancionada sea siempre materialmente peligrosa. Pero evidentemente no todas estas visiones albergan la misma concepción acerca de los principios de lesividad y proporcionalidad, lo que redundará en la circunstancia de que las diferencias entre ellas sean de calado. Ello puede advertirse, de una forma particularmente nítida, al examinar sus posicionamientos en cuanto a cuestiones tan capitales como son el abandono del llamado “Derecho Penal tradicional” de corte garantista y liberal, el presunto deterioro de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, y la restricción a la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sobre todo en orden a la valoración de la prueba acerca de la adecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico.

Obviamente, excedería en mucho del objeto de la presente investigación abordar una disección detallada de cuantas cuestiones pueden surgir alrededor de las mencionadas figuras delictivas, lo que conduce a centrar el estudio en un aspecto concreto común a

²⁵ La delimitación de las condiciones generales del hecho punible, en tanto que núcleo esencial de la Teoría del Delito, se nutre de contenido a partir de las funciones de la pena, las cuales se articulan alrededor de un sistema de prevención al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, lo que supone atribuir a la norma penal un significado directivo de conductas como mecanismo de regulación social. Mediante las normas penales se crean expectativas sociales con el fin de motivar a la colectividad en contra de la comisión de delitos. No sería entonces legítimo incriminar hechos que no fuera posible y necesario evitar mediante la motivación normativa. De esta manera el objeto del imperativo sólo puede consistir en la obligación de realizar (mandatos) u omitir (prohibiciones) determinados comportamientos. Dentro de este planteamiento, MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, Ed. B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2006, p. 122, destaca que “un Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La ‘valoración’ de la antijuridicidad presupone ya la posibilidad de ‘determinación’ del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social”.

todas ellas, a saber: si en relación con las mismas, los supuestos planteados merecen ser penados a la luz de los principios legitimadores de la intervención penal, en concreto de los principios de lesividad y proporcionalidad. La decisión de no tratar tales delitos con ánimo de exhaustividad se debe a que el presente trabajo no pretende constituir una investigación de Parte Especial, en sentido estricto, sino sobre los delitos de peligro abstracto en general, por lo que sólo se seleccionan algunas muestras de ellos a modo de control de los criterios de objetivación de la conducta con los que limitar y demarcar el inicio de la zona punible. La vocación de ser un trabajo de la Parte General, más que de la Parte Especial del Derecho Penal, se pone todavía más de manifiesto si se repara en que, en el trasfondo de las cuestiones que se presentan acerca de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto, subyace latente el debate sobre si para la aplicación de una pena basta con verificar el comportamiento descrito por el tipo, sin comprobar *ex ante* y *ex post* su peligrosidad en el caso concreto, ni por lo tanto satisfacer la exigencias que, en la concepción que se defiende, deben rodear el componente de antijuridicidad material de todo injusto penal.

Todo lo anterior permite apuntar sintéticamente una de las tesis centrales del presente estudio. Si se parte de que el fin de protección de todos los tipos penales se articula alrededor de la evitación de lesiones a los bienes jurídicos que tutelan, ninguna interpretación meramente formal de los delitos de peligro abstracto puede ser viable, lo que impide estimar que en ellos se castiga la mera infracción de la norma de conducta formalmente positivizada, ya sea porque el comportamiento no se pone en relación con el interés tutelado, o porque esa relación se presume en la medida que queda excluida del tipo en su condición de simple motivo político-criminal de la incriminación del hecho. Ante tal situación, surge la necesidad de dotar de un contenido material al injusto de los delitos de peligro abstracto. Al prescindirse en ellos de las consecuencias *ex post* del acto, la mínima carga de ofensividad exigible sólo puede proceder de la objetiva capacidad *ex ante* de la conducta para lesionar el bien jurídico. Esa aptitud debe concebirse por lo tanto como el requisito objetivo mínimo para la punición penal de un hecho en un Estado social y democrático de Derecho, puesto que en caso contrario el sistema penal se vería tendencialmente abocado a castigar conductas inocuas para los intereses que tutela.

Con todo, para hacer efectiva esta exigencia irrenunciable, y en consecuencia garantizar tanto su cumplimiento como su plena vigencia, caben diversas vías. Una primera consistiría en confiar su observancia a la interpretación jurisprudencial que se realice de los delitos de peligro abstracto, de manera que fueran los jueces y tribunales quienes se ocuparan de dotarlos de la carga de lesividad que materialmente precisan. En esta línea, se abren paso en la jurisprudencia esfuerzos sin duda loables para proceder a una interpretación teleológica, y por lo tanto restrictiva, de los delitos de peligro abstracto en los términos aludidos²⁶. Sin embargo, estas interpretaciones están todavía lejos de ser mayoritarias, por lo que de optarse por esta vía de sustantivación material de los delitos de peligro abstracto el riesgo de incurrir en respuestas no uniformes ante casos idénticos o análogos sería evidente. Incluso en el supuesto de que dichos criterios materiales fueran unánimemente aceptados en el seno de la jurisprudencia, la constante evolución a la que está sometida los convertiría en una referencia poco estable o segura. Ello aconseja recurrir a una solución con mayor fuerza vinculante para los operadores jurídicos y con mayor vocación de permanencia en el tiempo. Ésta podría pasar por incluir una cláusula en la Parte General en la que se previera la carga de lesividad mínima de toda conducta penalmente punible, la cual tendría que venir determinada por la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta para lesionar o poner en una situación de concreto peligro el bien jurídico tutelado. Pero esta opción sólo tendría el valor de simple propuesta de *lege ferenda*, además de que desde cierta perspectiva podría considerarse una previsión superflua o redundante si se entiende que está ya contenida en la definición legal de tentativa del art. 16 CP.

Por todo ello la propuesta de solución a los problemas apuntados que se formula pasa por entender que el concepto legal de tentativa incluye una previsión expresa acerca de la carga mínima de lesividad exigible a todo tipo penal (la objetiva peligrosidad de la conducta concreta desde una óptica *ex ante*). Es mínima carga de lesividad se expresa con toda claridad en la tentativa inidónea, puesto que en ella el tipo se integra al margen de las consecuencias *ex post* del acto. Por lo tanto, va a ser sometida a contraste una configuración material del injusto de los delitos de peligro abstracto, naturalmente con vocación restrictiva de su ámbito de aplicación de acuerdo con los principios y garantías

²⁶ Sobre la secular contraposición entre “ciencias de la naturaleza” y “ciencias del espíritu”, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 21 y ss.

que deben inspirar un Derecho penal moderno propio de un sistema constitucional avanzado, en la que su tipo objetivo se equipare al de la tentativa inidónea, al manifestarse en ésta la frontera mínima a partir de la cual la respuesta penal puede ser legítima, es decir, la frontera a partir de la cual la conducta puede ser considerada suficientemente lesiva para el bien jurídico tutelado como para merecer una respuesta penal. Estimar que la potencial aptitud de la conducta para afectar al bien jurídico-penal protegido precisa de una previsión legal expresa en la Parte General por ser un rasgo común a todo injusto penal, y que la misma ya se halla contenida en el concepto legal de tentativa, en particular en la definición de tentativa inidónea, presenta las siguientes ventajas respecto de las otras vías mencionadas para materializar satisfactoriamente los delitos de peligro abstracto. En primer lugar, ofrece mayor estabilidad, y por lo tanto cognoscibilidad a priori, en relación con la opción de delegar esta tarea de delimitación sustantiva a la jurisprudencia, de modo que se garantiza una mayor observancia del modelo descrito en el marco de la política legislativa que preside la Parte Especial. Por otro lado se facilita la labor de conocimiento por parte de los ciudadanos de las conductas penalmente prohibidas, y asimismo se hace menos necesario recurrir a una interpretación teleológica – y por ende más variable – de los preceptos que prevén los delitos de peligro abstracto (en cierta medida, al haber una cláusula expresa previsor de esta interpretación teleológica, podría decirse que la misma resulta innecesaria al formar parte del tenor literal del tipo). En segundo lugar, en comparación con la otra opción consistente en recoger la carga mínima de ofensividad de la conducta en un precepto de la Parte General creado *ex professo* al efecto, la propuesta que se realiza no es una simple sugerencia de *lege ferenda*, sino que conforma una concepción perfectamente practicable de *lege lata* explícitamente contenida en el precepto regulador de la tentativa de delito.

Sentado lo anterior, el desarrollo de este trabajo va a orientarse preferentemente a realizar aquellos controles necesarios para certificar la posibilidad de equiparar el tipo objetivo de la tentativa inidónea con el de los delitos de peligro abstracto. Se tratará de esta forma de evitar las potenciales discrepancias con principios como los de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio* a las que están expuestos los delitos de peligro abstracto. En este contexto, la postura que se me antoja más honesta es aquella en virtud de la cual se reconoce el adelantamiento de la intervención penal que suponen los delitos de peligro abstracto, en ocasiones de un modo particularmente

agudo al situarse la conducta típica en un punto muy alejado respecto de la lesión efectiva de un interés individual. Todo ello obliga también, como no podía ser de otro modo, a someter esta categoría delictiva a las exigencias del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, concretado singularmente en la necesidad de que la conducta incriminada sea materialmente lesiva para éstos. Si la función prioritaria del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, la consideración como delito de hechos que no muestren suficientes características de lesividad para alguno de ellos puede menoscabar también el principio de proporcionalidad entre la conducta prohibida y la correspondiente sanción, sobre todo cuando ésta es privativa de libertad.

En relación con ello, va a defenderse la posibilidad de adelantar las barreras de tutela a través de la técnica del peligro abstracto, pero no hasta el extremo de aceptar la posibilidad de castigar hechos desde un principio inofensivos para el correspondiente bien jurídico protegido, pues ello supondría una ilegítima limitación penal de la libertad de acción individual. En este sentido, la dialéctica entre seguridad y libertad se agudiza en aquellos campos en los que la conducta sometida a pena no muestra una carga de lesividad suficiente para el bien jurídico que se trata de amparar. Desde esta perspectiva los problemas “tradicionales” de índole político-criminal y dogmática de los delitos de peligro abstracto puede decirse que siguen actualmente vigentes, al no haber encontrado hasta la fecha una solución comúnmente aceptada. Por otra parte, los inconvenientes de la ausencia de respuestas uniformes se agudizan aun más con la consolidación del Estado del bienestar, cuya objetivo programático es justamente el aseguramiento de las condiciones de existencia de múltiples ámbitos de interacción social, con el consiguiente surgimiento de nuevos objetos de protección jurídico-penal con contornos más difusos que los tradicionales.

Según se ha indicado, el análisis político-criminal y dogmático de los delitos de peligro abstracto debe partir del reconocimiento de que una de las tendencias de la Política Criminal actual es el logro de una protección de bienes jurídico-penales lo más efectiva posible. Dentro de la permanente tensión entre libertad y seguridad, la síntesis debe estar entonces en buscar la mayor eficacia posible de la intervención penal sin abusar de mecanismos que, en determinadas condiciones, pueden conllevar una vulneración de las bases teóricas del sistema penal, y por lo tanto de sus garantías político-criminales de corte liberal. La justificación utilitarista del Derecho Penal no

puede llegar al punto de maximizar la seguridad en detrimento de otros principios legitimadores del sistema conformados desde otros presupuestos valorativos. Ello obliga a admitir el carácter limitado de los instrumentos de solución de conflictos sociales que proporciona el Derecho Penal. Esta realidad no puede ocultarse a través del mantenimiento puramente formal o aparente de determinados principios seguido de su incumplimiento material, como sucede cuando se utilizan conceptos indeterminados tanto en la determinación del objeto de protección como de la modalidad de ataque. En estos casos, no quedan suficientemente concretadas en el tipo las razones materiales que fundamentan la lesividad de la conducta, ni por lo tanto el merecimiento y la necesidad de pena de la misma. Debe notarse que determinadas configuraciones del carácter injusto de la conducta pueden justificar el merecimiento y la necesidad de una reacción estatal, pero no que ésta tenga carácter específicamente penal. En este contexto, el valor de la seguridad debe ser protegido dentro de los parámetros de un Derecho Penal orientado al sistema de defensa más eficaz de entre todos los que sean compatibles con el respeto a las garantías y principios que justifican su intervención en un Estado social y democrático de Derecho.

Las controversias en torno a los delitos de peligro abstracto suelen articularse alrededor del paradigma sociológico que deriva del concepto de “sociedad del riesgo”²⁷, según el cual las sociedades postindustriales se caracterizarían por la aparición de nuevos peligros y por la agravación de los ya existentes, como consecuencia de múltiples causas, entre las que cabría destacar los avances en materia científico-tecnológica, la globalización como fenómeno económico y los cambios operados en las estructuras sociales²⁸. La singularidad de tales peligros respecto de los

²⁷ En palabras de MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 23, “la sociedad actual se caracteriza por el innegable, constante y vertiginoso avance científico-tecnológico. Un progreso que, al plasmarse en los distintos ámbitos de la actividad humana, genera la aparición de riesgos o el aumento de estos en aquellos sectores que de por sí son ya peligrosos. Los adelantos de la ciencia y la tecnología generan, pues, no solo que los riesgos sean numéricamente cada vez más, sino también que, desde la óptica de su entidad, sean cada vez más temibles. De ahí que, en el contexto del Derecho penal actual, la sociedad de nuestros tiempos reciba ya desde hace algunas décadas el calificativo de *sociedad del riesgo*”.

²⁸ Desde hace ya unos cuantos años, la doctrina utiliza profusamente el paradigma sociológico que se extrae del concepto de “sociedad del riesgo” para describir la evolución político-criminal actual. En opinión de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 13 y ss., el carácter rápidamente cambiante del marco económico, unido a la aparición de nuevos avances tecnológicos, ha auspiciado el surgimiento de un gran número de riesgos de procedencia humana como fenómeno social estructural. Buena parte de estas amenazas a las que los ciudadanos están expuestos serían consecuencia de decisiones adoptadas por otros ciudadanos. Se caracterizaría entonces la sociedad actual por su enorme

conocidos en los modelos sociales precedentes radicaría tanto en su cantidad como en su calidad, por cuanto se trataría de riesgos cuyo número aumenta exponencialmente, los cuales además dispondrían de un potencial lesivo extremadamente grave, capaz de afectar de forma masiva a un número indeterminado de sujetos, o incluso de amenazar la propia existencia de las sociedades en las que se inscriben²⁹.

No cabe duda de que el modelo explicativo vinculado a la “sociedad del riesgo” ha suscitado un amplio debate en el ámbito de las ciencias sociales, en particular en los campos de la Criminología y la Política Criminal. Sus detractores entienden que tal caracterización de las sociedades postindustriales no estaría justificada, por lo que relativizan el supuesto incremento en número y gravedad de los riesgos a los que como fenómeno social se alude. A través de sus estudios empíricos concluyen incluso que las sociedades postmodernas son más seguras que las anteriores, por cuanto en la actualidad se dispondría de más medios para minimizar los nuevos y los antiguos riesgos justamente en virtud de algunas de las causas que los producen. Por citar sólo dos ejemplos, los avances en materia informática servirían para perseguir las formas de ciberdelincuencia; o los progresos en el terreno médico podrían contrarrestar el riesgo de ataques bioquímicos o de propagación de eventuales pandemias.

Si bien este es un debate sociológico efervescente sobre el que mucho se podría elucubrar, lo relevante no es ahora tomar partido por alguna de las posturas que lo nutren, lo que rebasaría el objeto de estudio de esta tesis, sino describir como el modelo de la “sociedad del riesgo” ha sido utilizado por la Criminología y la Política Criminal

complejidad, en el sentido de que los niveles de interacción individual habrían alcanzado cuotas inauditas hasta ahora como consecuencia de las necesidades de cooperación y división funcional.

En la misma línea, explica clarivamente MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, p. 31, que “el binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Se dice que una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar *sensaciones* o impresiones de seguridad. En opinión de Herzog, que sigue aquí las tesis de F. X. Kaufmann, la creciente demanda de seguridad y su elevado aprecio se explica por la situación de escasez o falta de seguridad, es decir, se ve como la consecuencia de la inseguridad, de manera que el *logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social*”.

²⁹ Estas amenazas de destrucción colectiva justificarían la necesidad de priorizar la pervivencia del sistema, así como la flexibilización de los principios y garantías tradicionales del Derecho Penal clásico. Esto explica que amplios sectores doctrinales traten de ver en los delitos de peligro abstracto la mera infracción de un deber con independencia de que vaya asociada a la producción de un riesgo para algún bien jurídico. Se refieren a este particular, HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 74 y ss.; BAIGÚN, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2007, pp. 2 y ss.

para legitimar en el ámbito penal el enfoque axiológico de determinados procesos legislativos. Las razones de esto se deben a que tal modelo sociológico no es valorativamente neutro, sino que de alguna forma predetermina el contenido de los programas político-criminales que lo adoptan como referencia empírica. Es fácilmente comprobable como la transposición del modelo de la “sociedad del riesgo” a los campos de la Política Criminal y la Dogmática ha comportado, en efecto, el encauzamiento del Derecho Penal hacia la neutralización de los riesgos que con él se tratan de poner de manifiesto. Dentro de esta lógica político-criminal de carácter teleológico-funcionalista se ha sugerido, sin duda con bastante éxito, la necesidad de que la sociedad reaccione de forma enérgica ante los peligros detectados de carácter particularmente dañino por cuanto amenazarían su propia pervivencia como tal, a fin de alcanzar unos mínimos estándares de seguridad mediante los que siga siendo posible una convivencia ordenada; al tiempo que se ha visto en el Derecho Penal una herramienta especialmente útil y eficaz para alcanzar esos objetivos³⁰.

Sobre estas premisas se ha conformado el llamado “Derecho Penal del riesgo”, en virtud del cual la prevención de delitos está dirigida al aseguramiento o conservación de los subsistemas más esenciales de los que se compone la sociedad, con la pretensión de garantizar que ésta permanezca inmutable en sus rasgos estructurales, compensando así los riesgos que se originan en su seno³¹. Al amparo de esta orientación del sistema penal a su propia autoafirmación, en un plano político-criminal ha sido posible auspiciar una “expansión del Derecho Penal” hacia la protección de intereses con un contenido mucho más vago o difuso; o incluso defender la idoneidad de prescindir de la noción misma de bien jurídico, o de sustituirla por una genérica referencia a la necesidad de

³⁰ Explica SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 17 y 18, que, como consecuencia de la creciente interdependencia de los individuos en la vida social, la indemnidad de los bienes jurídicos individuales depende cada vez más de la realización de conductas positivas – de control de riesgos – por parte de terceros, incluido el Estado: “las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”.

³¹ Esta concepción parte de las teorías sociológicas de la pena en las que la sociedad se contempla desde una perspectiva funcional como un sistema orientado a su propio mantenimiento. Bajo este punto de vista, debería establecerse una política de seguridad penal cuya función sería la compensación de la sociedad del riesgo. Con ello se intentaría lograr una estabilización de las reglas de comportamiento, así como la protección de las condiciones esenciales del funcionamiento de cada uno de los sectores del sistema, es decir, la protección de determinados estándares de seguridad. A juicio de MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 118 y ss., esta situación permite constatar un alejamiento del Derecho Penal respecto de la protección de bienes jurídicos individuales, cuando no directamente la desaparición de la propia referencia a éstos. Según la autora, esto es un efecto consustancial a un Derecho Penal no vinculado a la represión de daños individuales y concretos, sino a la inobservancia de normas organizativas. Vid. también HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 71 y ss.

reforzar la vigencia de la norma³². La misma dinámica inflacionista ha servido también para incriminar conductas caracterizadas por su lejanía respecto de la lesión del interés protegido por el correspondiente tipo de delito³³. Tendencia ésta frente a la que se han alzado voces críticas para las que la hipertrofia del Derecho Penal lo sitúa más allá de su capacidad de rendimiento y lo aboca, por consiguiente, a desempeñar funciones meramente simbólicas³⁴. Estos sectores prefieren acuñar el concepto de “Derecho penal de la seguridad” por cuanto éste estaría en mejor disposición para expresar las finalidades de protección sistémica que se encomiendan al arsenal penal³⁵.

³² Los partidarios de fundamentar los delitos de peligro abstracto al margen de lo que ellos consideran el *dogma* del bien jurídico no dudan en postular la legitimidad de “delitos sin bien jurídico”, como observa HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 75 y ss.

³³ Según observa HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 72, estas tendencias político-criminales han llevado a cuestionar el concepto tradicional de bien jurídico-penal como vínculo real posibilitador de la libertad externa de las personas. De esta manera la teoría personal del bien jurídico perdería su capacidad crítica, en el sentido que dejaría de ser una referencia a partir de la que criticar determinadas opciones criminalizadoras. Destaca el autor que configurar como un bien jurídico-penal la firmeza de las expectativas normativas frente a su defraudación puede servir para fundamentar la pena, pero no los tipos de delito, porque desde este punto de vista sociológico-positivista podría ser objeto de protección cualquier institucionalización de la actividad estatal. En esta línea, apunta que “la razón por la que las teorías sociológicas del Derecho penal prescinden de la noción de bien jurídico se halla en que mantienen una concepción del Derecho penal distinta a la sostenida por la teoría crítica del bien jurídico. La finalidad es el funcionamiento óptimo del ‘sistema sociedad’, por lo que la pena opera como instrumento de tecnología social. El uso del término ‘lesividad social’ (Amelung) conlleva la imagen de la sociedad como un todo. Por el contrario, la noción de bien jurídico remite a titulares individualizables del bien dentro de la sociedad: el individuo, grupos de personas o la institución ‘Estado’. Dicha noción surge del pensamiento individualista ilustrado y no es extrapolable a la teoría sociológica sistémica”.

³⁴ Una parte de la doctrina denuncia una supuesta confusión entre el injusto penal y el control “socialtecnológico” de actos que se desvían de la regla de conducta, lo que contribuiría a diluir las diferencias entre el Derecho Penal y otras ramas del Ordenamiento, según explica MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 80 y ss.

A juicio de STERNBERG-LIEBEN, “la protección penal de bienes jurídicos en el ámbito previo mediante la creación de delitos de peligro abstracto (o, tras la ‘creación’ de bienes supraindividuales de titularidad colectiva, de delitos de lesión), precisa una especial legitimación. Conforme a una teoría personal del bien jurídico, la protección en el ámbito previo sólo puede justificarse mediante su puesta en relación con intereses individuales dignos de protección. Cuanto más se aleje la conducta incriminada de tal referente personal, tanto mayores habrán de ser las exigencias en lo que respecta al valor del bien jurídico personal protegido, al grado de peligro material exigible y a la adecuación de la regulación penal (una directiva de conducta que, ha de confesarse, no es exactamente precisa). De este modo, al legislador penal se le impone un agravado deber de motivación. Considerando la evolución actual del Derecho penal, ello no puede considerarse un progreso menor”. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 115.

³⁵ Los defensores del Derecho Penal de la seguridad aspiran a reducir el azar al máximo. Desde esta perspectiva, los delitos de peligro abstracto estarían orientados a proporcionar una protección total y sin fisuras que trascienda las infinitas combinaciones de sucesos imaginables de cada caso concreto. Con ello se pasa de un modelo de intervención penal basado en la represión puntual a otro articulado alrededor de la prevención global, según opina MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 130 y ss.

Expresa una opinión similar VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 62, cuando dice que “actualmente, se presenta al Derecho penal como la ‘panacea’ frente a los problemas que surgen en la sociedad actual, caracterizada como ‘sociedad de riesgos’. Efectivamente, las demandas sociales de punición han aumentado considerablemente en el último tiempo para enfrentar los riesgos que hoy se presentan, fruto, básicamente, del avance tecnológico. Una de las manifestaciones de esta inflación se observa en la ampliación de los bienes jurídico-penales (especialmente a través de bienes colectivos o supraindividuales) y en los términos generales y vagos que se emplean en su descripción”.

En el terreno dogmático el discurso funcionalista que inspira el “Derecho Penal del riesgo” se traduce en una flexibilización de las clásicas reglas de imputación de responsabilidad penal, unida a un proceso de formalización de los tipos previstos en la Parte Especial. Así pues, con el pretexto de conseguir las mayores cuotas de prevención posible, se han patrocinado sustanciales modificaciones del sistema jurídico-penal³⁶. Entre éstas cabe remarcar, a parte de las ya señaladas, la configuración de tipos que adolecen de una acusada indeterminación, por ejemplo, por ser excesiva la carga valorativa de alguno de sus elementos, en particular de su verbo rector, como sucede con las modalidades de “promover, favorecer o facilitar” el consumo ilegal de drogas del delito previsto en el art. 368 CP; la tipificación de conductas que en puridad serían actos preparatorios de otros delitos; la ampliación del concepto de tentativa; y la extensión de los delitos de peligro abstracto.

En opinión de SILVA SÁNCHEZ, “la ciencia del Derecho penal contemporánea tiene ante sí, como es sabido, dos retos fundamentales. Por un lado, debe hacer frente al fenómeno de la internacionalización y uniformización del Derecho penal. Por otro lado, ha de afrontar una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas. El primero es, aparentemente, un reto ante todo científico, en el que, junto a la cuestión del carácter nacional o no de la dogmática, se ven implicadas también otras tan significativas como su naturaleza de disciplina sistemático-estructural. Pero tiene asimismo algunas connotaciones políticas, que deben ponerse de relieve y analizarse. El segundo es, por contra, un reto en principio político: se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante ella. Pero, asimismo, tiene importantes connotaciones científicas: relativas a la neutralidad de la dogmática; al modo de configurarse su método; y a las distintas formas de articulación de una teoría de la política criminal”³⁷.

A juicio del autor, en el ámbito de la Política Criminal existe un mínimo común universal, de protección y de garantías, que se vincula a la naturaleza de la persona: “ello, por mucho que, en lo restante —que es la casi totalidad de la materia—, se acepte la relatividad socio-cultural de la Política criminal que se expresa en un determinado Derecho penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social. El reto que con todo esto asume el

³⁶ A juicio de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 15 y ss., al no ser los nuevos riesgos susceptibles de ser completamente neutralizados, lo relevante no serían tanto las decisiones humanas que los generan, sino las decisiones humanas que los distribuyen. Esto obligaría a poner el acento en la búsqueda de distribuciones eficientes y justas de los mismos.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, “Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal”, en *RDPC*, nº 9, 2002, p. 83.

Derecho penal es de una gran profundidad: filosófica, porque en ello está en juego el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de la persona y la dignidad que le es inherente; y política, porque, en la práctica, ello implica legitimar procedimientos de justicia universal así como la injerencia en otras sociedades. Pues bien, la postura que aquí se comparte es que es legítima la introducción, incluso en su caso por la vía de la imposición, de soluciones disfuncionales a un determinado sistema socio-político, cuando la Política criminal de éste afecta al núcleo de la dignidad de la persona. Con ello, se pone de relieve, por lo demás, la envergadura del problema conceptual que es preciso asumir: la determinación de tal núcleo resistente a los relativismos culturales”³⁸.

Creo que no sería exagerado afirmar que lo dicho hasta ahora valdría como diagnóstico objetivo del contexto político-criminal y dogmático que envuelve el objeto de estudio. Esto no significa, obviamente, que el debate sobre la orientación del Derecho Penal vinculada al modelo de la “sociedad del riesgo” esté en absoluto resuelto, ni por lo tanto que las críticas dirigidas a este todavía novedoso enfoque estén superadas. En consonancia con esto, aquí simplemente se pretende constatar que este modelo disfruta de una amplia aceptación y que es, en consecuencia, el motor que impulsa en el campo dogmático el afianzamiento de los delitos de peligro abstracto, junto con los intentos para justificarlos.

En línea con el acotamiento del objeto de estudio que se ha efectuado, aquí resulta deliberadamente limitado el alcance de las discusiones acerca de la adecuación del concepto de “sociedad del riesgo” como marco explicativo de la realidad sociológica actual, así como de la bondad de los discursos político-criminales que en él se inspiran, toda vez que abordarlas implicaría penetrar en el aspecto más controvertido y ampliamente tratado en materia de delitos de peligro abstracto, el relativo a su legitimidad. Creo francamente que los réditos proporcionados por estas discusiones a los sectores críticos con las lógicas dominantes han sido hasta ahora más bien exiguos, como demuestra el dato de que éstos por el momento no han sido capaces de ofrecer un modelo alternativo al del “Derecho Penal del riesgo” realmente viable. Sin ánimo de entrar en terrenos que se han revelado poco fecundos desde la perspectiva de su capacidad transformadora, creo no obstante obligado señalar que el ideal de un “Derecho Penal mínimo” no está exento de claroscuros, toda vez que centralizar la intervención penal en torno a la represión de lesiones de bienes jurídicos individuales

³⁸ *Ibidem.* p. 87.

podría colocar determinados fenómenos criminógenos gravemente aflictivos para la confianza de la sociedad en el funcionamiento del sistema al margen de la necesaria protección penal. Estoy pensando, claro está, en determinadas formas de conducta circunscritas al fenómeno de la llamada “delincuencia de cuello blanco”³⁹.

Por todo lo dicho, se opta en el presente trabajo por concentrar la atención en una proyección más específica de la dogmática de los delitos de peligro abstracto referente a la posibilidad de interpretarlos restrictivamente con arreglo a criterios materiales. Creo firmemente que en esta línea de estudio, que podría configurarse como una suerte de “tercera vía”, es dónde los sectores críticos con los delitos de peligro abstracto pueden situarse en unas coordenadas más acordes con el signo de los tiempos, esto es, con determinadas manifestaciones de la realidad legislativa difícilmente reversibles; y, por lo tanto, ofrecer criterios que efectivamente sirvan para acomodar estos tipos a los principios y valores que rigen el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho. Podría decirse, muy resumidamente, que el objeto de la tesis se justifica en la necesidad de hallar un contenido material en el injusto de los delitos de peligro abstracto que permita limitar su ámbito de aplicación a partir de los criterios que fundamentan la punibilidad de la tentativa, así como el inicio de la ejecución del tipo.

³⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 260, lo explica con claridad meridiana: “debe huirse de toda transformación del Derecho Penal que no sea conciliable con los principios garantistas propios de un Estado de Derecho avanzado; pero debe rechazarse también la ideología que denuncia la hipertrofia y el abuso del Derecho penal en el mismo momento en que éste se abre a las nuevas formas de delincuencia y se aparta del modelo clásico que lo limita a reprimir la delincuencia violenta y la de los sectores marginales de la población”.

PRIMERA PARTE. PERSPECTIVA Y MÉTODO

I. Planteamiento general

La consecución del objetivo central de esta tesis, consistente, como he dicho, en ofrecer algunos criterios de interpretación de los delitos de peligro abstracto de carácter restrictivo, está indefectiblemente condicionada a la adopción de una determinada metodología dogmática. En efecto, someter a revisión algunas de las teorías convencionales en torno a los delitos de peligro abstracto, con el objetivo de excluir la punición de conductas individualmente carentes de peligrosidad pese a coincidir con la descripción típica en sentido literal, obliga a prestar atención a las críticas formuladas a esta categoría tanto en el campo dogmático como el político-criminal. Así las cosas, propiciar un acercamiento entre un concepto formal y otro material de delito de peligro abstracto pasa por realizar una sustancial transformación dogmática de la categoría con arreglo a criterios teleológicos, al ser éstos los más idóneos para exigir en el tipo objetivo la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido. La tipicidad de los delitos de peligro abstracto está en efecto imbuida de una singular dimensión valorativa en un plano teleológico. Esto justifica la necesidad desarrollar el aspecto teleológico y la vertiente normativa de estos tipos.

Según ello, en los delitos de peligro abstracto la valoración de la conducta como contraria al fin de la norma es un momento especialmente decisivo. Lo anterior permite afirmar que esta categoría delictiva también reclama una conducta peligrosa como exigencia del tipo, bien sea de forma expresa o mediante interpretación. Una peligrosidad que no presupone un coeficiente matemático, ni puede ser preestablecida por el legislador, lo que refuerza la procedencia de radicar la decisión acerca de la tipicidad del comportamiento en un plano normativo. No basta desde esta perspectiva con contrastar la coincidencia de la conducta con el tenor literal del tipo, ni con una abstracta consideración de ésta, sino que además es necesario comprobar si la misma entra dentro de la zona de lo materialmente prohibido.

Esto implica reclamar para los delitos de peligro abstracto la operatividad de algunos de los criterios de imputación objetiva. Por esta vía la imputación objetiva de riesgos se contempla como una exigencia general interna a todo el sistema. Por lo tanto, los delitos

de peligro abstracto no susceptibles de ser interpretados conforme a tales parámetros intrasistémicos, ni por lo tanto de ser corregidos por vía interpretativa, deberían ser descriminalizados en un plano político-criminal. De esta manera es menester en los delitos de peligro abstracto aplicar las mismas exigencias dogmáticas que, con carácter general, se exigen para la constitución de un injusto penal político-criminalmente legítimo. En un adecuado desarrollo de estos criterios de imputación objetiva vinculados al fin de protección de la norma, la conducta *ex ante* carente de peligrosidad para el bien jurídico debe quedar materialmente excluida del tipo, como sucede en aquellos casos en los que no hay posibilidad de relación entre la conducta y el bien jurídico por haber excluido de antemano el autor o un tercero cualquier eventual daño para alguno de los posibles objetos materiales del delito. El recurso a criterios teleológicos refuerza el carácter adscriptivo, no descriptivo, del proceso de imputación objetiva de la conducta, el cual está necesariamente condicionado por las valoraciones sociales y culturales dominantes y, por lo tanto, por los fines y límites que se atribuyen al Derecho Penal. La decisión acerca de cuando existe un injusto imputable como infracción de una norma penal, no es en efecto un asunto que deba dirimirse con arreglo a categorías ontológicas, sino valorativas, al ser éstas las que suministran los instrumentos específicos del trabajo dogmático.

Se trata, por lo tanto, de ahondar en aquellas reconstrucciones de los delitos de peligro abstracto con vocación “materializadora”, inicialmente desarrolladas en el seno de la teoría del delito imprudente, en las que se postula la necesidad de reinterpretarlos bajo parámetros teleológicos para situar su punición dentro de márgenes racionales. Uno de los presupuestos para elaborar una concepción realmente limitadora es el abandono de los intentos de advertir en estos delitos un específico desvalor de resultado, los cuales, a parte de inducir a un cierto confusionismo, no están en condiciones de solucionar los problemas planteados. Y, por otro lado, el abandono de posturas formales por su escasa o nula capacidad limitativa de la punición. Como se desarrollará más adelante, en la actualidad puede ser más fructífero enmarcar la introducción de criterios normativo-materiales en los delitos de peligro abstracto en el seno de la teoría del delito intentado o, en una perspectiva más general, en el seno de la teoría de la imputación objetiva. La capacidad crítica de este punto de vista de raíz teleológica puede actuar además como necesario correctivo político-criminal frente – al por el momento imparable – recurso a la técnica del peligro abstracto.

Conviene según esto desarrollar aquellos aspectos dogmáticos de carácter metodológico que contribuyan a la consecución de los objetivos fijados, articulados fundamentalmente alrededor de la necesidad de atemperar la rigurosa aplicación de los delitos de peligro abstracto que se ha venido realizando tradicionalmente. Lo que debe hacerse sin perder de vista que en las discusiones que concitan los delitos de peligro abstracto subyace la cuestión de si con ellos se está efectuando en cierto modo un uso ilegítimo del instrumental penal, por lo menos a través de ciertas interpretaciones de los mismos. Este problema se hace palmario en aquellos casos en los que la falta de peligrosidad de la conducta es evidente en el momento en el que se realiza, al haber adoptado el autor o un tercero medidas idóneas para evitar su afloramiento. En este supuesto el juicio de experiencia que fundamenta la tipificación de la conducta puede no ser adecuado en el caso concreto, en cuyo caso no concurriría el peligro que la norma pretende evitar. Surge entonces la duda de si se puede castigar una conducta no peligrosa por el dato de que en otras circunstancias podría haberlo sido.

Sentado lo anterior, albergo ciertamente la convicción de que los criterios materiales a los que se ha aludido sólo pueden emanar de las funciones que los delitos de peligro abstracto están llamados a desplegar en el marco de las finalidades político-criminales que nuestro modelo político asigna al Derecho Penal, las cuales derivan directamente de la Constitución⁴⁰. Debo inclinarme, en consecuencia, por una metodología dogmática

⁴⁰ La dogmática no proporciona axiomas ni valores con una validez universal o absoluta. Esto obliga a rechazar la existencia de estructuras objetivas anteriores al proceso de conocimiento y, en consecuencia, a reconocer el relativismo gnoseológico al que está abocado toda disciplina cuya metodología no sea de carácter empírico. Este punto de partida justifica la adopción de un método dogmático jurídico-normativo con aportaciones axiológicas de la Política Criminal.

En esta línea, según MIR PUIG, *Introducción...*, p. 346, “para que la Política Criminal con base criminológica pueda penetrar fundadamente en la labor dogmática, es preciso reconocer previamente la vigencia de los otros postulados requeridos más arriba para una metodología jurídico-penal realista. En efecto, sin el aparato conceptual que ofrece una concepción de la ciencia del Derecho como ciencia social, la comunicación de política criminal y dogmática tropieza con el decisivo obstáculo que supone la separación del mundo de las normas del mundo de lo social. Tomada, en cambio, la norma como regulación de los procesos sociales, respecto de los cuales cumple una determinada función social, queda abierta la puerta a la confrontación, en términos conceptuales homogéneos, con las exigencias político-criminales. Pues aquella función social no es sino expresión del significado político-criminal de la norma. Por otra parte, el entendimiento realista del proceso de aplicación de la ley, al imponer la necesidad de tender a las exigencias de la realidad regulada por la ley, fundamenta la legitimidad de la perspectiva político-criminal en la aplicación de la ley. Si el tenor de la ley fuera el único elemento de su concreción práctica, no sería lícito acudir a las necesidades político-criminales de los casos particulares?”. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2010, pp. 116 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, pp. 36 y ss.

abierta a la Política Criminal, al proporcionar ésta los juicios de valor necesarios para justificar axiológicamente la restricción de la tipicidad que me dispongo a acometer⁴¹. Ciertamente, estas limitaciones difícilmente podrían hallarse en las sistemáticas clasificatorias, ontológicas y cerradas a la perspectiva político-criminal, habida cuenta de que las pautas hermenéuticas que éstas suministran suelen ser acusadamente formales.

Para optimizar las posibilidades de estructurar el análisis dogmático en torno a la perspectiva político-criminal, nada mejor que recurrir a una metodología de carácter teleológico-funcionalista⁴². Pero la simple “funcionalización” del sistema no anula *per se* la tentación de incurrir en una “formalización” del mismo, por lo que resulta indispensable precisar cuáles son esas funciones⁴³. Si se estima que éstas consisten en el

⁴¹ De emplearse un método dogmático de carácter normativo, su sustrato axiológico debe estar compuesto por los fines político-criminales que el Derecho positivo asigna a la pena. Según expone MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 41, “la teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio”.

⁴² Entre las premisas epistemológicas del funcionalismo teleológico destacan la no vinculación a estructuras lógico-objetivas y la renuncia a aprehender valores immanentes al *ser* del objeto. Dentro de este marco teórico, los contenidos de valor del objeto no se descubren o describen en la realidad de su *ser*, como algo previamente dado, sino que se construyen como un *deber ser* normativo. De esta manera los valores y principios que informan el conjunto de axiomas de la Teoría del Delito no tienen una existencia objetiva, sino que dependen de un sistema axiológico contingente en el espacio y el tiempo: el derivado de un Estado social y democrático de Derecho. La validez de éste como referencia dogmática esencial se condiciona al mantenimiento de su validez filosófico-política. Esto permite modificar cada categoría del sistema dogmático según los cambios valorativos que se operen en los fines político-criminales de la pena.

A partir de aquí es posible diferenciar dos corrientes contrapuestas en el seno del funcionalismo teleológico en función de las finalidades que cada una de ellas atribuye a la pena. Por un lado, la representada por el pensamiento de JAKOBS, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad* (trad. Manso Porto), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 116 y ss., en la que se reducen las referencias al bien jurídico, de modo que lo que se manda o prohíbe a través de la norma primaria es algo puramente formal, una “orden de validez” basada en la voluntad del titular de la *potestas*. Según esto, la finalidad de la amenaza de la pena y de su posterior imposición sería asegurar la vigencia fáctica de la norma.

En segundo lugar, se halla la línea iniciada por ROXIN, *Derecho penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Vicente Remesal), 4ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 203, según la cual la obligatoriedad de la norma, en tanto que expresión de un *deber ser*, residiría en algo material: en la racionalidad, bondad o justicia del sistema político vigente, aunque las fuentes de legitimidad del mismo sean cambiantes. Desde esta segunda perspectiva, a diferencia de lo que sucede con la primera, resulta relevante el fundamento material de la obligatoriedad del imperativo contenido en la norma primaria. Vid. también MIR PUIG, *Introducción...*, p. 288; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 109; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. Olmedo Cardente), 5ª ed., Ed. Comares, Granada, 2002, p. 194.

⁴³ El núcleo esencial de la teoría imperativista de la norma jurídica consiste en entender que toda norma jurídica constituye un mandato o imperativo de la voluntad de un sujeto que, por alguna razón o motivo,

mero apuntalamiento de la vigencia de la norma, nada obsta a que el tipo de injusto quede desprovisto de cualquier valoración material en virtud de la que sea posible modularlo y, por lo tanto, queda conceptualmente expedita la vía que conduce a una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto⁴⁴. Es necesario, por consiguiente, partir de una orientación del Derecho Penal hacia la tutela de bienes jurídicos mediante el despliegue de una estrategia preventiva limitada por el principio de proporcionalidad, así como por el resto de límites del *ius puniendi* que se infieren de nuestro modelo político-constitucional. Aunque sea con carácter preliminar, debo apuntar en este punto que el concepto de bien jurídico-penal, por más que coyunturalmente se halle en situación de crisis como consecuencia de la impronta político-criminal de algunas corrientes interesadas en inutilizarlo, todavía puede reivindicarse como una herramienta útil en el trabajo de elaboración dogmática (entre otros motivos, porque sigue siendo el criterio sistematizador de los tipos de delito previstos en el CP)⁴⁵.

Como destaca Mir Puig, “cada jurista ha de orientar consciente y declaradamente su elaboración dogmática en valores y principios que crea capaces de generar consenso. No cabe

tiene reconocida la facultad de establecer que siempre que acontezca A (supuesto de hecho) debe ser B (consecuencia jurídica). Dicha facultad de establecer implica en este caso el poder de exigir obediencia a lo previamente dispuesto.

A mi juicio el funcionalismo de JAKOBS desconoce o niega la existencia de valores éticos que deben ser reconocidos por el legislador penal, por ejemplo los que dimanar de normas jurídicas de rango superior. Tras esta concepción subyace la creencia de que la voluntad del legislador penal es completamente libre. Según esto, tal voluntad se erigiría en criterio supremo para la determinación de lo que se debe y lo que no se debe hacer. De esta manera las ideas de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, en cuanto categorías éticas, tenderían a desaparecer del ámbito de nuestras consideraciones. Como apunta MONTORO BALLESTEROS, *Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2009, p. 21, “si por inercia de la conciencia y del pensamiento nos empeñamos en mantenerlas será a cambio de reducirlas a una categoría puramente formal según la cual lo que vale como bueno y justo es lo que ésta mandado (*mala quia iussa*), y lo que entendemos como malo e injusto es lo que está prohibido (*mala quia prohibida*)”.

⁴⁴ Según se ha apuntado, de asignarse fines preventivos al Derecho Penal se suscita la cuestión de si con ello se protegen bienes jurídicos o la vigencia de la norma. Según HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 121 y 122, “en las sociedades actuales, la estabilidad del ordenamiento jurídico no se genera ni se mantiene por vías espontáneas de cooperación, por lo cual es necesario el establecimiento de un orden coercitivo. Pero, a su vez, la estabilidad del orden jurídico, representado por las normas, depende del grado de confianza que los ciudadanos depositen en ellas. De allí, la importancia de la protección de su vigencia para generar un margen de seguridad cognitiva en los individuos, de modo que las expectativas, institucionalizadas en dichas normas, sigan siendo pautas válidas de orientación en su interacción social y que, por tanto, puedan seguir confiando en que sus respectivos ámbitos de libertad – círculos de organización- no serán vulnerados. De esta forma, el mantenimiento de la vigencia de las expectativas normativas supone una finalidad legítima para los ciudadanos, en tanto condición relevante de la libertad individual. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el ejercicio en la vigencia del Derecho es un mecanismo auto-referencial: el Derecho se afirma a sí mismo, restableciendo el estado de confianza existente antes de la defraudación de una expectativa determinada”.

⁴⁵ MIR PUIG, *Estado...*, pp. 85 y ss.

olvidar que, aunque no lo persiga, no podrá impedir que sus propuestas teóricas (aun las que pretendan presentarse como neutrales) favorezcan determinadas consecuencias político-jurídicas. Cuando se trata de la concepción global del Derecho penal o de algo también tan general como la teoría del delito, es especialmente importante ser consciente de su significado político-jurídico también global”⁴⁶. A juicio de este ínclito autor, el papel que se atribuya a los valores protegidos y a las normas de conducta en la Teoría del Delito condiciona que ésta adopte una orientación más liberal (o garantista) o más autoritaria. En este sentido, los derechos serían ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes serían cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros. Y, desde el punto de vista del Derecho Penal, los derechos se corresponderían con los valores protegidos, esto es, con los bienes jurídico-penales, mientras que la perspectiva de los deberes se correspondería a la de las normas prohibitivas o preceptivas (según recuerda, en la Alemania nacionalsocialista la idea de lesión de bienes jurídicos, que se consideraba individualista, se contrapuso a la de infracción de un deber, más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario).

A juicio del autor, “esta es una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir del concepto de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma, que en sí misma —y con independencia de la intención de su autor—, tiene un significado autoritario. El principio de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela supone una limitación que desaparece cuando no se considera necesario comprobar tal merecimiento de protección, sino que se declara suficiente la infracción de cualquier norma y ésta se convierte —cualquiera que sea su contenido— en el único objeto de protección del Derecho penal. Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado. Ello no puede justificarse por el argumento de que el concepto de bien jurídico tampoco ofrece ningún límite porque es un concepto indeterminado: que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección jurídico-penal no significa que tal cuestión no deba discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión. En realidad todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público. Principios como el de democracia o el de igualdad son tan generales que permiten muy diferentes concreciones, pero nadie sensato extrae de ello la consecuencia de que es preferible dejar de invocar tales principios. Y, desde una perspectiva participativa, no ha de verse como un inconveniente, sino como una ventaja fundamental, el hecho de que los principios políticos y político-jurídicos estén abiertos a las opiniones de todos y, por tanto, al consenso democrático”⁴⁷.

⁴⁶ MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *RECPC*, nº 6, 2004, p. 6.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 7.

Sentado lo anterior, las finalidades del sistema penal se sintetizarían en la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de determinados ataques contra ellos dirigidos, limitada por el respeto a los principios que se extraen de cada una de las notas del modelo político vigente. Para alcanzar este fin de tutela de bienes jurídicos por medio de una estrategia preventiva, el Derecho Penal dispone de las normas jurídico-penales, las cuales apelan a la motivación de los ciudadanos a través de la amenaza de la pena para predisponer así su actuación en contra de la realización de las conductas prohibidas y a favor de las ordenadas⁴⁸.

Emerge de este modo la esencia imperativa de la norma primaria como el principal instrumento del Derecho Penal para el logro de sus fines⁴⁹. Por lo tanto, el contenido material del injusto debe gravitar necesariamente alrededor de la infracción de esa norma primaria, lo que resulta patente con la punibilidad de la tentativa inidónea, al desvalorarse en ella únicamente la vulneración objetivo-subjetiva de un imperativo de conducta con independencia de las consecuencias *ex post* del acto. En un plano objetivo lo que cimienta la infracción de la norma de determinación de conductas contenida en la norma primaria es la adecuación del acto para lesionar el bien jurídico protegido⁵⁰. La objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta será pues uno de los vectores a través de los cuales analizar la posibilidad de limitar la tipicidad de los delitos de peligro abstracto.

⁴⁸ Expone MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, p. 105, que “la función del Derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El Derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en éstas habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito como infracción de la norma (primaria)”.

⁴⁹ Según SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 48 y ss., el Derecho Penal tiene atribuida la función de protección de bienes jurídicos. Éstos consistirían en valores posibilitadores de la participación del individuo en la sociedad. Concretamente, en valores indispensables para la convivencia humana que adquieren sentido jurídico en el marco de las propias relaciones sociales. Para prevenir ataques contra estos bienes, el Derecho Penal recurriría a la amenaza de la pena.

⁵⁰ El origen y las funciones del Derecho explican en parte el carácter determinativo de las normas penales, como expone REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta”, en *RDPC*, nº 5, 2011, p. 145, “el Derecho, como fenómeno humano y cultural, nació y fue desarrollado por el hombre exactamente con el fin de regular su comportamiento en sociedad, dando lugar a un proceso histórico y social duradero, en el intento de conformar la realidad o la experiencia jurídica. En este sentido se presenta, primordialmente, como un orden regulador y director de la conducta de los hombres en la comunidad, de su coexistir, espacial y temporalmente”.

El debate acerca de la gravedad de la conducta, y por ende de la infracción de la norma primaria, debe hacerse desde la óptica de la lesividad del comportamiento para el bien jurídico. Al abordarlo, lo que se pretende es demostrar que no todas las conductas formalmente incardinables en un tipo de peligro abstracto tienen el mismo grado de injusto. La discriminación de las mismas desde los parámetros descritos constituye, según entiendo, una exigencia inexcusable del principio de proporcionalidad, toda vez que en estos grupos de casos puede resultar necesario modular la respuesta punitiva en atención a la improcedencia de calificarlos uniformemente como delitos de peligro abstracto consumados.

Para potenciar la funcionalización de los axiomas dogmáticos debe partirse, en suma, de un sistema abierto o tópico-sistemático en el que se sintetizan los métodos inductivo y deductivo, así como sus respectivos objetos, esto es, la casuística y la abstracción. Se aboga de esta manera por introducir en la teoría del delito valoraciones materiales de naturaleza político-criminal, con el fin de reconducir todos los grupos de casos al complejo de fines legitimadores del Derecho Penal⁵¹. Sólo así las categorías básicas del sistema de la teoría del delito están en condiciones de integrar instrumentos de valoración axiológica⁵². Ello contrasta, como decía, con los sistemas clasificatorios, los cuales hacen abstracción de sus objetos hasta obtener la idea más general para después concretarla con la adición de sucesivos enunciados que se contemplan como auto-evidentes. En el funcionalismo de carácter teleológico, en cambio, las categorías dogmáticas adquieren contenido a posteriori en función de las consecuencias político-

⁵¹ La lógica formal es un parámetro hermenéutico necesario pero no suficiente, toda vez que debe ser completada con criterios materiales. Como observa MIR PUIG, *Introducción...*, p. 311, “si las proposiciones jurídicas expresan imperativos de *deber ser* –esto es, valorativos-, descubrir su sentido ha de imponer la penetración en los juicios de valor sustentados por ellas. Puede decirse, en este sentido, que la misma interpretación de la ley en sentido estricto exige la consideración valorativa de los preceptos legales”.

⁵² Según señala MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 13 y 14, esta orientación permite concebir la Dogmática “como preparación y complemento de la ley positiva: esto es, como instrumento auxiliar de creación de Derecho positivo”. Añade que la Dogmática debe consistir en “una elaboración del Derecho positivo que vaya más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes. Si, como a veces tiende a hacerse, se confundiese la dogmática con la pura exposición de la legalidad vigente, según aplicación literal y rigurosa del positivismo jurídico, mal podría sostenerse para ella la función creadora, siquiera auxiliar y subordinada a la ley, que le he atribuido. Así, es natural que quienes reduzcan el papel de la ciencia jurídico-positiva a la estricta reproducción (como repetición) del Derecho positivo, vean excesiva estrechez y formalismo en la labor técnico-jurídica y sientan la necesidad de ensanchar los horizontes del penalista hacia terrenos que ofrezcan mayores posibilidades de creación material. En esta lógica se tiende a preferir la aportación político-criminal, como única vía que se advierte para el perfeccionamiento del Derecho vigente, a la labor jurídica entendida como sola repetición formalista de preceptos legales”.

criminales que de ellas derivan, con la consiguiente prevalencia de conceptos normativos⁵³.

En el sistema teleológico-funcionalista de ROXIN, en contraposición al normativismo exacerbado de JAKOBS, si bien se reconoce que la pena contribuye a la estabilización de la norma, éste no sería su único fin: “la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin”⁵⁴. Prosigue el autor que la necesidad de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no constituye el único principio limitador del alcance de la criminalización, puesto que también el Derecho Civil y el Derecho Administrativo sancionador protegen bienes jurídicos. Por lo tanto, apunta que en los casos en los que concurre una afectación a un bien jurídico, se sigue planteando la cuestión de si su evitación debe llevarse a cabo mediante el Derecho Penal u otras formas de regulación jurídica: “la mayoría de la doctrina opina que una amenaza de pena, en cuanto sanción más grave, sólo entrará en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes. El principio de subsidiariedad que se establece de este modo tiene un rango plenamente equivalente al principio de protección de bienes jurídicos y concurre con éste con una relevancia político-criminal al menos igual. En consecuencia, cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁵⁵.

Con estas premisas puede estimarse que las normas jurídico-penales, al expresar el objetivo de regulación, conforman el recurso esencial del que se sirve el Derecho Penal para el cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos que legitiman su existencia y limitan su aplicación. El sentido objetivo-material de las normas jurídico-penales, funcionalizado teleológicamente, potencia de esta manera las posibilidades de

⁵³ Como destaca DEMETRIO CRESPO, “Crítica al funcionalismo normativista”, en *InDret*, nº 3, 2010, p. 14, “se ha dicho que por funcionalismo cabe entender orientaciones de la dogmática jurídico-penal que intentan construir las categorías del sistema *a partir de los fines* del Derecho penal. No se trataría en este sentido de un fenómeno moderno, sino que se remontaría al menos a las sistemáticas teleológicas inspiradas en el neokantismo (...). Ahora bien, dentro de este amplio marco se divisan distintos *tipos de funcionalismo* de corte muy diverso, que hay que distinguir necesariamente por conducir a consecuencias muy diferentes. Entre estos son especialmente relevantes el funcionalismo puramente político-criminal de *Roxin* y el funcionalismo de carácter sociológico o sistémico de *Jakobs*. El *pensamiento de Roxin* es funcionalista porque busca —en el sentido antes expuesto— la acomodación del Derecho penal a ciertos fines y principios político-criminalmente asentados en la Constitución propia del Estado de Derecho (...). El *pensamiento de Jakobs* es funcionalista porque define el derecho como una prestación consistente en garantizar la identidad normativa y con ella la constitución misma de la sociedad. En este sentido se ha afirmado que la concepción de *Jakobs* ‘constituye el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social’”.

⁵⁴ ROXIN, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (trad. Cancio Meliá), en *RECPC*, nº 15, 2013, p. 4.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 14.

orientación teleológica del sistema⁵⁶. Se pretende con ello formular una construcción normativa del sistema sin ninguna referencia a materiales descriptivos de naturaleza ontológica supuestamente expresivos de una realidad preexistente al proceso de conocimiento.

II. La norma primaria como norma de determinación de conductas

1. Antecedentes históricos del debate acerca de la esencia de la norma primaria

Según se ha indicado, la esencia material (imperativa) de la norma jurídico-penal se configura como una de las referencias axiológicas básicas a la luz de la que analizar los delitos de peligro abstracto, al encontrarse presentes en ella los principales fines político-criminales del sistema. Procede exponer sin embargo las razones en virtud de las cuales es posible asignarle esta naturaleza.

Históricamente el debate se ha dividido entre quienes entienden que la norma penal es norma de determinación de conductas y quienes consideran que sólo contiene una valoración de estados del mundo sensible⁵⁷. Actualmente nadie defiende que las normas penales no contengan ningún imperativo para sus destinatarios en el plano de la antijuridicidad. Sin embargo, tal discusión no puede resolverse satisfactoriamente desde la perspectiva de la teoría general de las normas, al poseer las de carácter penal una serie de caracteres específicos. En efecto, la elección entre valoración o imperativo puede ser distinta en función de si la norma analizada tiene naturaleza penal o no.

⁵⁶ Subraya MIR PUIG, *Introducción...*, p. 326, que “no son las normas jurídicas contempladas como conceptos lógicos desprovistos de sentido social el objeto de la ciencia del Derecho, sino las normas en cuanto pretenden cumplir una determinada *función social*. Aparte de que a cada norma corresponde una específica función, es común a toda norma jurídica una función social genérica, a saber: la función de regulación de la realidad social. La interpretación de los preceptos jurídico-penales y la elaboración de los conceptos dogmáticos han de guiarse por la función social perseguida por el Derecho penal, y no sólo por puras exigencias de la construcción lógica”.

⁵⁷ En la doctrina española son partidarios de una concepción imperativa del sentido de la norma jurídico-penal, MIR PUIG, *Función...*, pp. 64 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 540 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 44 y ss. A favor de una concepción dualista en la que se combinan el aspecto imperativo y el valorativo, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Ed. Universitas, Madrid, 2013, pp. 64 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pp. 154 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 277 y ss.

Optan por una concepción más valorativa, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 294 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 321 y ss.

Existen ciertamente normas jurídicas que no contienen un mandato para sus destinatarios en virtud del cual se les ordene hacer o no hacer algo (p.ej., no puede predicarse que tengan esencia imperativa algunas normas jurídico-civiles relativas a la constitución de derechos reales). Por lo tanto, las normas jurídicas imperativas pueden contraponerse a otras clases de normas, entre ellas las dispositivas. En consecuencia, ni todas las normas jurídicas reclaman de sus destinatarios que actúen de un modo determinado, ni todas ellas imponen deberes u obligaciones como expresión de órdenes respaldadas por la amenaza de la coerción estatal⁵⁸.

Adoptando una perspectiva específicamente jurídico-penal, sí puede decirse, por el contrario, que todas las normas penales, tanto las primarias como las secundarias, encierran un contenido material de naturaleza imperativa. Ello está estrechamente relacionado con el paradigma científico del que se parte. Según se ha indicado, se pretende aquí estructurar el discurso dogmático alrededor de finalidades y principios axiológicos de carácter político-filosófico, a fin de que la solución sistemáticamente correcta concuerde con las valoraciones político-criminales a ella subyacentes. La prioridad es, bajo este punto de vista, la solución de la cuestión material, sin que ello implique un retroceso en las exigencias de coherencia del sistema dogmático, el cual reporta múltiples beneficios, consistentes fundamentalmente en proporcionar seguridad y previsibilidad jurídica, simplificar el examen del caso concreto y ordenar la materia objeto de regulación jurídica⁵⁹.

De ser contempladas como normas de valoración de estados del mundo sensible, las normas jurídico-penales sólo comprenderían una referencia al valor del objeto, esto es, la emisión de una valoración negativa de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro de un bien jurídico-penal mediante el que se crea un estado no deseado por el Derecho Penal. En su momento esta postura sirvió para justificar que en el ámbito de la antijuridicidad el comportamiento debía valorarse según su contradicción con el orden jurídico, con independencia de que haya violado el Derecho Penal en su dimensión de

⁵⁸ HART, *El concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió / Abeledo-Perrot), 2ª ed., Ed. Editora Nacional, México D.F., 1980, pp. 33 y ss.

⁵⁹ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 20 y ss. Entiende el autor que en una concepción imperativa de la esencia de la norma jurídico-penal la referencia esencial es la infracción de la Ley en sí, con independencia de los valores inherentes a la misma. Según esto el imperativismo se basaría en una postura formalista según la cual se prescindiría de las valoraciones materiales subyacentes a la norma.

fuerza vinculadora de la voluntad humana⁶⁰. Esta visión, estrechamente unida al positivismo, dado que se limita a distinguir en el injusto los hechos conforme a Derecho de los que son contrarios a él, atiende únicamente en el nivel de la antijuridicidad a la faz objetivo-externa del hecho concebida como lesividad social⁶¹.

La norma jurídico-penal aparece de esta manera como un juicio de valor acerca de aquellos sectores de la realidad que adquieren relevancia para la vida social. Consecuentemente, el injusto se contempla como simple lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, como lesión o puesta en peligro de intereses protegidos por el Derecho Penal causalmente vinculados a acontecimientos y estados del mundo sensible. Se pretende con ello configurar una concepción objetiva, en el sentido de no culpable, del tipo de injusto con el fin de reservar un contenido propio para la antijuridicidad⁶².

En todas las teorías que parten de una visión valorativa del sentido de las normas jurídico-penales late una misma preocupación, referida a la necesidad de que el Derecho

⁶⁰ De acuerdo con una contemplación de la norma jurídico-penal como norma de valoración, MEZGER, *Tratado de Derecho penal I* (trad. Rodríguez Muñoz), 2ª ed., Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid, p. 328, afirmó que hay “estados antijurídicos y estados conformes a Derecho. A esta concepción del Derecho corresponde la de la antijuridicidad, la del injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una *lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración*”. Según él, las normas penales se aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho: “objeto de esta valoración jurídica puede serlo todo: la conducta de seres humanos capaces e incapaces de acción, culpables o no culpables, la conducta de otros seres animados, los acontecimientos y estados del mundo circundante, que si bien no proceden directamente de seres humanos, siempre aparecen referidos a la convivencia humana”.

⁶¹ Según señala HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, 1983, p. 18, “en tanto que se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal es, en el terreno de la antijuridicidad, simple *norma de valoración*, y se postule con ello una concepción absoluta o predominantemente *objetiva* de este elemento del delito, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no *contraria a Derecho* será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito; o lo que es lo mismo: la verificación de la presencia de un *desvalor de resultado*”.

⁶² Incluso los autores que conceden primacía a la parte valorativa del sentido de la norma jurídico-penal en cierta medida reconocen que el Derecho Penal está integrado, como toda instancia de control social constitutiva de una condición básica e irrenunciable de la vida social, por un conjunto de instrumentos y técnicas dirigidas a presionar sobre la voluntad de los individuos, con el fin de obtener su conformidad con ciertas reglas de conducta. Incluso MEZGER, *Tratado I...*, pp. 333 y ss., entiende que la delimitación fundamentalmente objetiva del Derecho frente al injusto no es obstáculo para que en algunos casos puedan ser determinantes ciertas características anímicas del autor.

En el mismo sentido, observa SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 585 y 586, que algunas de las tesis que pretenden negar que la función de las normas penales sea la dirección de conductas no son totalmente incompatibles con esta afirmación, al no rechazar que la finalidad de la norma sea influir en el comportamiento de los ciudadanos mediante mecanismos de prevención general disuasoria, ni por lo tanto que la misma sea una fuente de deberes. Vid. también NAVAS APARICIO, *Destinatario de la Norma Penal e Imputabilidad*, Ed. Jurídica Continental, San José, 2006, p. 19; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 54.

Penal garantice una convivencia externa ordenada de los sometidos a él⁶³. Por este motivo la voluntad del legislador se manifestaría mediante normas objetivas de valoración, esto es, mediante juicios sobre determinados eventos del mundo sensible, lo que permitiría diferenciar dos posibles estados objetivo-externos: estados antijurídicos y estados conforme a Derecho. El injusto penal expresaría de este modo la lesión del orden objetivo querido por el Derecho, la perturbación de la declaración de voluntad del Ordenamiento. Esto justificaría la opción de relegar la valoración de los procesos subjetivo-internos que han impulsado finalmente la conducta al ámbito de la culpabilidad, como reproche personal al autor del hecho.

Las razones del declive de esta teoría acerca de la esencia de las normas penales se deben fundamentalmente al sesgo causalista del que está imbuida, al encontrarse con dificultades para explicar el injusto de la tentativa, en la que la lesión del orden querido por el Derecho Penal no se produce; y el de la omisión, en la que la no realización de la conducta debida no origina ninguna modificación del mundo sensible.

2. Fundamentación del carácter imperativo de la norma primaria

Según la teoría de los imperativos, el Derecho Penal positivo está formado por manifestaciones de voluntad del legislador en virtud de las que exige la observación de determinadas actuaciones a los integrantes de la comunidad jurídica⁶⁴. Existiría entonces un conjunto de reglas de comportamiento cuya observancia vendría impuesta por la coerción estatal. Ciertamente, si se parte de que la convivencia colectiva es intrínsecamente conflictiva, tendría sentido que el Derecho Penal regulara conductas

⁶³ Según RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal...*, p. 328, “el Derecho es fundamentalmente una ordenación objetiva de la vida social exterior y no una regulación de los sentimientos ni de las actitudes anímicas. El Derecho trata, ante todo, de garantizar la convivencia externa ordenada de los ciudadanos. Por eso, en principio y por regla general, para determinar la antijuridicidad del hecho resulta decisiva su proyección social-externa”.

Por el contrario, entiende GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 81 y ss., que no pueden prohibirse resultados, sino sólo conductas dolosas o imprudentes en relación con determinados resultados, por cuanto carecería de sentido intentar determinar al colectivo en contra de la mera causación. Según esto, sólo se puede determinar normativamente la no realización de conductas dolosas o imprudentes que generan un peligro de resultado.

⁶⁴ Según observa ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. Garzón Valdés), Ed. Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 33 y ss., los enunciados jurídico-penales expresan un imperativo que se configura como una proposición hipotética de *deber ser* mediante la que se exterioriza la voluntad de la comunidad jurídica dirigida a conseguir una determinada conducta de los sometidos al Derecho. En un sentido parecido, Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. García Ferrero), 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 87 y ss.

humanas con el fin de conseguir una mínima y pacífica coexistencia que permitiera – o removiera los obstáculos a – la participación de todos los ciudadanos en la sociedad⁶⁵. De este modo la infracción de la norma jurídico-penal a la que se debe obediencia, mediante la realización de una conducta contraria a la preceptuada, estaría conminada con una pena. Esta postura no impide, sin embargo, reconocer que el legislador desempeña una labor axiológica de signo político-criminal en el momento de creación de la norma. Pero este momento valorativo, al ser cronológicamente anterior a la emisión legislativa de la norma, no incidiría en la esencia dogmática de la misma.

Bajo este esquema el injusto penal gravita alrededor de la desobediencia al imperativo contenido en la norma primaria y, por ende, la resolución de la voluntad forma parte de aquél. También a los inimputables se les dirige el mandato o prohibición, dado que no cabe descartar la posibilidad de que puedan advertir el imperativo de la norma ni, por lo tanto, que éste pueda motivarles (es decir, su conducta puede ser antijurídica por la infracción objetivo-subjetiva de la norma de determinación, sin perjuicio de que la situación de anormalidad psíquica en ellos concurrente determine que ésta no se ha infringido personalmente). No se exige a los inimputables, en definitiva, que se conduzcan de acuerdo con el imperativo de la norma primaria en condiciones de normalidad, aunque a priori se presuponga que pueden recibir su llamada. Si la premisa no fuera que el inimputable posee una capacidad de motivación inferior a la del imputable, sino que es por completo inmotivable, se le estaría negando toda posibilidad de educación con arreglo a normas (jurídicas o incluso sociales). Por este motivo en principio al inimputable no se le permite la conducta prohibida, toda vez que si puede percibir el imperativo, también podría detectar la ausencia del mismo. Sólo quiénes son enteramente inaccesibles a la incisión psicológica de la norma, por ser su movimiento corporal involuntario, carecen de toda posibilidad de obrar de forma contraria a ella. Pero esto no significa que los inimputables deban quedar a priori fuera del círculo de

⁶⁵ El Derecho Penal únicamente interviene a través de la motivación de conductas bajo amenaza de pena ante los más graves ataques contra los más importantes intereses, esto es, frente a los atentados contra los niveles mínimos de coexistencia social pacífica que persigue garantizar. Al respecto, NAVAS APARICIO, *Destinatario...*, pp. 19 y 20.

Añade MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, p. 21, que es norma jurídica “toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad”. En este contexto, “la regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*”.

receptores idóneos de la orden. Estas consideraciones permiten fundamentar la ausencia de imputación personal en la anormalidad de la motivación normativa que convierte en inexigible otra conducta, no en la falta absoluta de posibilidad de motivación normativa⁶⁶.

Sin embargo, el carácter imperativo de las normas penales no se extrae de su estructura formal como enunciados lógico-lingüísticos. En efecto, los enunciados jurídico-penales carecen de forma preceptiva al limitarse a enunciar un *deber ser* hipotético (si concurre la condición A, debe realizarse la consecuencia B). La función de dirección de comportamientos se obtiene a partir de la captación de su sentido material. Se quiere significar con ello que a nivel formal las proposiciones jurídico-penales sólo comprenden signos lingüísticos expresados gramaticalmente a través de enunciados hipotéticos. La norma imperativa aparece, en consecuencia, mediante una interpretación del sentido material de la forma hipotética. De este modo el sujeto activo del delito cumple la ley penal en sentido formal al realizar la hipótesis en ella prevista, pero conculca el imperativo que aflora desde una óptica material. No depende entonces la extracción de la directriz de conducta de que la proposición posea formalmente carácter categórico o incondicionado⁶⁷.

⁶⁶ Según observa MIR PUIG, *Introducción...*, p. 56, si la falta de culpabilidad obedeciera a la plena imposibilidad de acceso a la motivación de la norma, no sería posible distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad. No obstante, desde una concepción global de la culpabilidad, fundamentada en la “motivación normal”, la falta de imputación personal puede deberse a la “anormalidad motivacional”. Como señala JESCHECK, *Tratado...*, p. 385, el juicio sobre la culpabilidad del sujeto debe formularse a partir de si *otro* en la posición del autor hubiera podido resistir la tentación de ejecutar el hecho. Dentro de este análisis debe tomarse como módulo el poder de actuar medio o normal. Según esto, la norma penal también se dirige a los inimputables. Los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están entonces sometidos a las normas jurídicas que les afectan. Y, según demuestra la experiencia, normalmente son motivados por ellas, lo que les permite participar en la comunidad, ni que sea de forma mínima o limitada.

Por lo tanto, la norma violentada por el inimputable es también una norma imperativa. Según destaca MIR PUIG, *Función...*, p. 97, a diferencia de lo que sucede cuando se halla ausente la propia acción, no falta en el inimputable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma. En la medida que actúa de modo consciente, la norma puede incidir en su proceso de motivación, aunque al hacerlo no pueda desplegar toda la intensidad motivadora que normalmente tiene. Así pues, en el inculpable concurren estados o condiciones personales que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone de atender a la llamada normativa. Por su parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas “causas de exculpación”), no pierden necesariamente su capacidad de atender a la llamada de la norma (lo que queda probado con la posibilidad de que se produzcan actos heroicos y con el mayor nivel de exigencia que la ley impone en ciertos casos, cuando se trata de bomberos, militares, etc.). Por lo tanto, tiene sentido la posibilidad de considerar penalmente antijurídica la conducta de quien actúa sin culpabilidad porque existe la posibilidad de que reciba la prohibición normativa.

⁶⁷ Según BOBBIO, *Teoría General del Derecho* (trad. Rozo Acuña), 2ª ed., Ed. Debate, Madrid, 1992, p. 35, “toda norma, como por lo demás toda proposición, presenta problemas estructurales que se plantean y se resuelven sin consideración al hecho de que la norma tenga este o aquel contenido. Como toda otra proposición, también la norma tiene su estructura lógico-lingüística, que puede ser llenada de los más

Los sectores críticos con la teoría de los imperativos alegan que las normas primarias a menudo son ignoradas por sus destinatarios. No obstante, el desconocimiento de las mismas nada dice en relación con su esencia imperativa, habida cuenta de que tal circunstancia sólo repercute en su eficacia, en sus efectos empíricos. Relativizar la eficacia de la motivación que a través de ellas se intenta crear, no impediría entonces que su finalidad general fuera motivadora. De hecho el grado de observación de las normas primarias depende, entre otros factores, de la pericia del Estado en el desempeño de labores de publicitación de las directrices de conducta que aprueba, así como del ofrecimiento de posibilidades de conocimiento de las mismas. La ausencia de motivación por falta de conocimiento de la norma jurídico-penal en nada afecta, en suma, a su fin abstracto y general consistente en la determinación de la conducta de sus destinatarios⁶⁸.

Las normas jurídico-penales inciden en la conducta de los ciudadanos al igual que otros factores, como la costumbre, las creencias, las convicciones, los prejuicios, etc. Nada de esto cambia por la circunstancia de que a veces la norma penal consiga el efecto motivador pretendido indirectamente mediante la aceptación de costumbres y creencias derivadas del conocimiento que otros tienen de ella. En efecto, a menudo las normas penales inciden indirectamente en el cuerpo social a través de medios de control social informales que coadyuvan en la tarea de interiorización psicológica de los imperativos y valores que contienen. Que el ciudadano se informe del contenido de la norma primaria mediante cauces menos certeros, no implica que la misma no aparezca ante él como un imperativo reforzado por la amenaza de una pena, es decir, como un mensaje prescriptivo especialmente grave o vinculante.

diversos contenidos. Así como la estructura del juicio 'S es P' vale tanto para la proposición: 'Sócrates es mortal', como para la proposición: 'La ballena es un mamífero', asimismo la estructura de la norma: 'Si es A debe ser B' vale tanto para la prescripción: 'Si has pisado flores, debes pagar la multa', como para la prescripción: 'Si has matado con premeditación, deberás sufrir la cadena perpetua'. Si se quiere saber cuáles son los motivos por lo cuales se ha aprobado una norma, si estos motivos son aceptables, si es efectivamente respetada o permanentemente violada, etc., se tendrán que hacer investigaciones en un campo distinto al considerado en este apartado''.

⁶⁸ A juicio de RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal...*, p. 80, la existencia "de un solo caso en que una norma jurídica no opere como mandato basta para descartar la teoría imperativista, porque una característica que no sea común a todas las normas, no puede ser elevada a elemento esencial de su concepto, en cambio, el que algunas disposiciones operen como imperativos es compatible con las otras teorías sobre la estructura de la norma jurídica, en cuanto comporta solamente una particular modalidad técnica a través de la cual se asegura la efectividad de la norma''.

Incluso en el supuesto de que las valoraciones contenidas en las normas primarias no se inserten bajo la forma de convicciones sociales en el sentir comunitario, el imperativo puede generar los impulsos psicológicos necesarios para ser eficaz. La sociología pone de manifiesto que algunos grupos demográficos, al pertenecer a subculturas muy arraigadas, difícilmente podrán adherirse nunca a los valores dominantes que trata de expresar la norma primaria. Frente a tales grupos la consolidación de imperativos bajo amenaza de pena resulta todavía más necesaria, puesto que en este caso sólo a través de la prevención por vía intimidatoria es posible motivar conductas respetuosas con los valores identificados como hegemónicos de acuerdo con procedimientos democráticos. Algunas corrientes teleológico-funcionalistas defienden la necesidad de apuntalar la coacción externa sobre la conducta del sujeto (a través de la abstracta amenaza de la sanción penal) con una coacción interna sobre su conciencia. Sin embargo, bajo la perspectiva de un Estado democrático no sería legítimo aspirar a una adhesión axiológica a los valores y principios de la norma. Al margen de lo anterior, que el efecto motivador no se materialice en un caso concreto por la presencia de otros estímulos tan sólo certifica el fracaso de la norma desde la óptica de su eficacia, no su inexistencia como imperativo.

La teoría de los imperativos se relaciona en el campo psicológico con la teoría de la motivación en sus orígenes elaborada por el psicoanalismo. Según la teoría de la motivación, la amenaza de la pena, unida a su posterior imposición y ejecución, es un medio imprescindible para encauzar conductas a los efectos de alcanzar un mínimo control social. Sería de esta forma un elemental recurso al que el sistema social debe acudir para posibilitar la convivencia humana. La amenaza de la pena elevaría y apuntalaría de este modo los mecanismos inhibitorios ante las conductas que más interesa prohibir. La conminación penal cumpliría entonces una función de motivación con el fin de que los ciudadanos se abstengan de realizar conductas dañinas desde el punto de vista de la convivencia social. A nivel psicológico esto se define como un complejo proceso de fenómenos subjetivo-internos desencadenados por el Derecho Penal en los individuos al objeto de inducirles a respetar los intereses que éste trata de proteger. Según esto, el Derecho Penal ejercería un poderoso influjo en la motivación humana por cuanto las normas penales serían interiorizadas por los individuos, al

pertenecer éstas a su mundo circundante y contribuir por lo tanto al proceso de formación de su conciencia (de su super-yo en términos de la teoría psicoanalítica)⁶⁹.

Nada de lo dicho hasta ahora impide estimar que la norma penales expresan también una valoración⁷⁰. En efecto, si algo se prohíbe u ordena es porque previamente se ha producido una valoración negativa del hecho prohibido o positiva del ordenado⁷¹. Pero que la imposición de una pena responda a una desaprobación de la conducta desde el prisma de la convivencia social, afecta a su legitimidad político-criminal. Aunque la norma penal exprese un concreto ideal de Justicia, un conjunto de juicios de valor, el momento valorativo y el imperativo pueden deslindarse conceptualmente: el primero precedería lógica y cronológicamente al imperativo al constituir una decisión interna del legislador dentro del proceso de producción de la norma; el segundo, en cambio, formaría parte de ésta, puesto que la eficacia de la norma está condicionada a que la misma tenga asignados los caracteres de una orden prescriptiva⁷². En efecto, para someter lo espontáneo a un orden axiológico concreto, esto es, para que el valor de la norma sea realizado en una conducta, la misma debe conformar un *deber ser* imperativo. En caso contrario, la norma penal constituiría un simple deseo o exhorto⁷³.

⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal...*, pp. 78 y 79.

⁷⁰ Los sectores contrarios a la concepción de la norma jurídico-penal como un imperativo de conducta alegan que desde esta perspectiva la misma no protegería intereses de la colectividad al no requerir un contenido material referido a razones o valores. Sin embargo, en el momento de decidirse a promulgar una norma, el legislador no puede moverse por el mero afán de ejercitar a los ciudadanos en la obediencia por la obediencia, sino que debe otorgar protección a determinados valores constitucionales cuya indemnidad precisa de la coacción estatal. Abundando en este punto, ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura...*, pp. 93 y 94.

⁷¹ Según OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1981, p. 84, el análisis del contenido de la norma jurídico-penal debe distinguirse del estudio de su origen: “que la norma se origine de manera evidente en la voluntad de un dictador, más difusa –aunque indubitadamente– en una clase social (al efecto de amparar sus intereses), en la tradición (dentro de la que, en todo caso, cabrá buscar un punto de partida) o en una ambigua *voluntad general* de un parlamento, que, a su vez –y con no menor uso de la entelequia–, se dice representante de la voluntad del pueblo, es otra cuestión”.

⁷² El enunciado de una proposición constituye un acto esencialmente comunicativo. La aceptación de tal proposición es un acto interno, pero su uso con otros miembros de la comunidad lingüística es un acto externo y social, cuyo objetivo ordinario es la producción de un cierto efecto en el receptor. Por lo tanto, la norma jurídico-penal, como contenido extraído de una o varias proposiciones, tiene naturaleza comunicativa, y por lo tanto su función es producir un determinado efecto motivacional en su receptor (función directiva de conductas). Refiriéndose a estas cuestiones, ROSS, *Lógica de las normas* (trad. Hierro), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 26 y ss.

⁷³ Los imperativos de las normas primarias son órdenes respaldadas por la amenaza de algún daño para forzar la obediencia a ellos. La norma primaria es algo que se obedece o desobedece, de manera que el imperativo se constituye en deber. Si se desobedece, se dice que se ha producido una “infracción”, que se ha transgredido un deber. Al respecto, HART, *El concepto...*, pp. 34 y ss.

La distinción entre valoración e imperativo se extrae de la diferenciación de las tres perspectivas bajo las que pueden ser analizadas las normas jurídicas. En un plano valorativo la norma jurídica puede ser justa o injusta, cuestión que se ha venido designando como problema deontológico del Derecho, cuyo objeto es la consideración de la bondad o maldad de la norma jurídica a partir de parámetros ético-filosóficos. En este nivel la norma jurídica se compara con los valores y principios que inspiran un determinado Ordenamiento jurídico a los efectos de determinar su compatibilidad con el sistema axiológico en el que se inserta, lo que obliga a confrontar el mundo ideal con el mundo real, lo que *debe ser* con lo que *es*. En el plano de la validez la norma jurídica debe existir en cuanto tal, lo que se resuelve mediante un juicio de hecho en el que se comprueba si pertenece o no a un concreto sistema legal como regla jurídica. Se recurre para ello a un análisis empírico-racional cuyo fin es establecer si concurren todas las condiciones para su vigencia (p.ej., si la autoridad que la promulgó estaba legitimada para su expedición o si es compatible con otras normas del sistema). Por último, el plano de la eficacia de la norma jurídica tiene por objeto determinar, también mediante criterios empíricos, por un lado, si la norma jurídica efectivamente se cumple o no por los sujetos a los que se dirige y, por el otro, si se aplican los medios coercitivos impuestos por la autoridad en caso de ser vulnerada. A pesar de su vigencia una norma puede ser incumplida y, por lo tanto, su eficacia puede graduarse de más a menos: existen normas que de forma espontánea son cumplidas universalmente por sus destinatarios, normas cuyo cumplimiento generalmente se supedita a la existencia de una coacción, normas que no se cumplen a pesar de existir una coacción para el caso de que se infrinjan y normas que son vulneradas sin que ni siquiera se aplique la coerción prevista. Los tres aspectos de la norma reseñados comprenden, en definitiva, objetos de análisis independientes entre sí.

Una norma puede ser justa sin ser válida (p.ej., normas de Derecho natural no recepcionadas por un concreto sistema de Derecho positivo a pesar de derivar de principios jurídicos universales). Puede ser válida sin ser justa (p. ej., las leyes racistas que existieron en algunos regímenes políticos). Puede ser válida sin ser eficaz (p.ej., las leyes sobre prohibición de venta de bebidas alcohólicas en EEUU sistemáticamente infringidas). Puede ser eficaz sin ser válida (p.ej., las reglas sociales cumplidas espontánea y habitualmente por los ciudadanos a pesar de no pertenecer al sistema jurídico de la sociedad en la que se insertan). Puede ser justa sin ser eficaz (p.ej., normas

adecuadas a principios generales de Justicia que en general no sean observadas). Y puede ser eficaz sin ser justa (p.ej., las normas reguladoras de la esclavitud que fueron aplicadas a pesar de su carácter manifiestamente injusto). La conclusión al respecto sería entonces que la norma penal, para ser eficaz, precisa tener asignados los caracteres de un imperativo, con independencia de los valores que de ella se desprendan desde un prisma axiológico⁷⁴.

La concepción de la norma jurídico-penal como un imperativo que pretende incidir sobre la conducta de sus destinatarios es además la más coherente con las misiones del Derecho Penal positivo relativas a la protección de bienes jurídico-penales mediante la evitación de conductas dirigidas a su lesión o puesta en peligro⁷⁵. Una finalidad preventiva que no se realiza sólo a través de la imposición de la pena sino también, incluso con carácter preferente, en la abstracta amenaza de ésta. Se espera, por ende, que tal amenaza sea por sí misma suficiente para inhibir los impulsos criminales, para disuadir la comisión de delitos desde el punto de vista de la prevención general negativa.

Naturalmente, no todos los enunciados gramaticales del Derecho Penal positivo son independientes entre sí, en el sentido de conformar cada uno de ellos una norma jurídico-penal distinta. El imperativo de la concreta norma primaria se extrae en general de la combinación de varios enunciados legales, es decir, de la puesta en relación de varias proposiciones jurídicas individuales de la Parte General o Especial (p.ej. “está prohibido matar, a no ser que sea en legítima defensa”). Un mismo enunciado legal puede servir de base por lo tanto a más de una norma jurídica. En relación con esto cabe concluir que se puede hacer o no hacer todo aquello que no está prohibido u ordenado

⁷⁴ La bondad de una ley depende del grado de acierto con el que el legislador haya concretado el fundamento valorativo que le sirve de base. De no responder el bien jurídico a las necesidades de la convivencia social, la ley que formalice su protección deviene obsoleta, sectoria o vacua. Lo expone con mayor detalle, SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 54 y ss.

⁷⁵ Las normas primarias, aunque sólo puedan incidir en la voluntad motivando a los ciudadanos para que no emprendan el comportamiento prohibido, o para que realicen el ordenado, en última instancia pretenden evitar que el bien jurídico se vea afectado negativamente. Esto explica que la intención del autor no sea suficiente para desencadenar la imposición de una pena. Vid. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales...*, pp. 61 y ss.; SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 61 y ss.

Si la función elemental del Derecho Penal consiste en proteger valores nucleares de la vida en común, es preciso establecer cuáles son éstos. Para ello debe partirse de que en una sociedad pluralista el catálogo de valores puede ser muy diverso. Por esta razón, según indican los estudios sociológicos sobre la selectividad de las normas jurídicas, para incriminar un comportamiento es preciso conocer aquello que la sociedad define como más intolerable mediante sus órganos de control social. En esta línea, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 163 y ss.

en virtud de una genérica autorización de carácter meta-legal, limitada por imperativos específicos (contenidos en el tipo) que a su vez se hallan limitados por algunas proposiciones permisivas (contenidas en las causas de justificación). De la combinación entre imperativos específicos y proposiciones permisivas surge el mandato o prohibición concreto contenido en la norma primaria⁷⁶.

III. La Política Criminal de base constitucional como referencia axiológica del sistema dogmático

1. Sistemas dogmáticos cerrados

Cualquier estructuración del hecho delictivo remite fuera de sí misma, es decir, se nutre de premisas externas y anteriores al propio sistema dogmático que operan como referencia axiomática impulsora de su desarrollo (incluso las normas del Derecho Penal positivo se relacionan siempre con presupuestos metateóricos). En los sistemas cerrados los fines del Derecho Penal presentes en la norma penal no son una fuente primaria apta para la extracción de los conjuntos axiomáticos de los que aquéllos se componen. En tales sistemas para la elaboración dogmática debe partirse, por lo tanto, de presupuestos distintos del carácter imperativo de las normas penales, de modo que éste tiene carácter no constitutivo al conformarse como una derivación lógica de carácter no esencial. Es decir, la decisión acerca del sentido material de la norma no constituye una decisión previa a la articulación del sistema dogmático, sino que constituye una simple deducción periférica y accesoria del mismo. Significa esto que en las metodologías cerradas el concepto de norma jurídico-penal no se incluye entre los materiales preexistentes al sistema dogmático, de modo que no constituye uno de los axiomas que orientan decisivamente el contenido de las características del hecho delictivo como referencia fundamental.

En ellas se busca un objeto preexistente al proceso de conocimiento, a partir del que obtener, por inducción, los enunciados dogmáticos, por lo que ha de tratarse de un sector de la realidad susceptible de ser descrito y, por ende, de ser conocido en su

⁷⁶ Explica que los mandatos comportan una limitación de la libertad de acción mayor que las prohibiciones, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, Bosch, pp. 153 y ss.

dimensión objetiva. En consecuencia debe consistir en una realidad inmutable de naturaleza ontológica, en el sentido de que su contenido no dependa del proceso de comprensión que sobre ella se realice mediante categorías de la razón humana. Estas notas estarían presentes tanto en la idea de causalidad física como en la de acción final.

En esta línea, el finalismo instituye como su objeto de conocimiento lo permanente, universal, supra-nacional y supra-positivo de la materia jurídica, sin atender a lo contingente por razones de espacio o tiempo. Son las llamadas estructuras lógico-objetivas, las cuales llevarían incorporados contenidos de valor con anterioridad a ser aprehendidas por el hombre⁷⁷. El objeto principal del finalismo no es aquéllo cuyo contenido puede variar en el tiempo, como el Derecho positivo, las valoraciones subjetivas o las finalidades de la pena en un régimen político determinado. Esta pretensión explica que sus defensores criticaran el normativismo y el relativismo valorativo del pensamiento neokantiano⁷⁸. Para ello intentaron (sin éxito) no caer en las falacias naturalísticas del positivismo, en el cual la descripción de la realidad pretendió limitarse a través de una forma de razonamiento científico-natural y avalorativa⁷⁹.

Aspira el finalismo a extraer los datos ontológicos fundamentales que condicionarían toda regulación de las estructuras lógico-objetivas. Se dice por ello que la acción está orientada a estructuras ontológicas y prejurídicas previamente dadas, lo que permitiría describir la actividad humana, con independencia de su relevancia jurídica, como un núcleo volitivo cristalizado en una causación. A tal fin el finalismo distingue, por un lado, el ámbito de la filosofía del Derecho constituido por la axiología (por la constatación de la existencia de valores o sistemas de valores de los que inferir los objetivos de la regulación jurídica). Y, por otro, los de la teoría general del Derecho y la dogmática cuyo fin sería el descubrimiento de estructuras óntico-objetivas de carácter prejurídico. Se configura así la dogmática como ciencia de los presupuestos esenciales

⁷⁷ MELENDO PRADOS, “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, en *RDPC*, nº 2, 2009, pp. 73 y ss.

⁷⁸ De hecho el finalismo se presentó a sí mismo como una superación del subjetivismo neokantiano, como expone MIR PUIG, *Introducción...*, p. 247.

⁷⁹ En el finalismo se reconoce que la realización de una conducta es justa o injusta no porque el derecho la mande o prohíba, sino al contrario: el derecho la manda o prohíbe porque su realización es justa o injusta. Es decir, se admite que el verdadero fundamento de lo justo y de lo injusto es siempre un fundamento material. Por lo tanto, el finalismo no cayó en la misma falacia formal que el positivismo, si bien su método presupone la bondad axiológica del Derecho positivo. Más exhaustivamente, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ed. Rialp, Madrid, 1963, p. 46.

del Derecho, de manera que estaría dirigida a la descripción de las conexiones lógico-objetivas llamadas a ser el marco y soporte permanente de toda regulación jurídico-material. Sin abandonar el terreno del Derecho positivo, el finalismo, a diferencia del positivismo, no concibe la dogmática como mera sistematización de la materia legislada, sino como elaboración de un sistema de conceptos fundamentales de carácter supra-temporal capaz de revelar el conjunto de posibilidades a priori del Derecho⁸⁰.

Si dentro de este proceso de observación del objeto en su dimensión ontológica se considera que éste incorpora contenidos de valor de validez universal y objetiva, en las estructuras lógico-objetivas se daría una mezcla entre percepciones ontológicas y axiológicas como síntesis entre realidad y valor⁸¹. En otros términos, si la materia de conocimiento está ordenada antes de ser cognitivamente aprehendida por el ser humano, las estructuras lógico-materiales pertenecientes al *ser* del objeto ya comprenden una dimensión de sentido o carga de valor. Esto implica que los axiomas lógico-objetivos no deban ser completados con categorías normativas, las cuales se contemplan despectivamente como la expresión de un simple *deber ser* subjetivo⁸².

En contraposición al relativismo gnoseológico del neokantismo y del funcionalismo-teleológico, el finalismo parte de que el conocimiento no se halla condicionado por categorías a priori de la mente del sujeto, sino que los contenidos de valor residen en el objeto mismo al ser características intrínsecas a él de carácter objetivo y permanente⁸³. Tal intento de percibir la objetiva dimensión de sentido inherente a la realidad, sin que ésta pueda ser aportada subjetivamente en el transcurso del proceso de conocimiento o reflexión, en el campo dogmático se traduce en una pretensión de descubrir los

⁸⁰ Como expone JESCHECK, *Tratado...*, p. 190, para el conocimiento de los valores a proteger penalmente, el finalismo recurre “a lo que viene dado anticipadamente a la existencia humana: el deber incondicional, el sujeto responsable, la ordenación del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales”. Por lo tanto, según el finalismo, las estructuras lógico-objetivas son en sí mismas depositarias de sentido, de contenidos de valor, por lo que éstos no deben ser aportados subjetivamente.

⁸¹ A diferencia del positivismo, el finalismo no concibió la acción como simple desencadenante de un proceso causal, al dotarla de una dimensión de sentido como fenómeno ético-socialmente (o jurídicamente) relevante. Sobre este punto, SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 44 y ss.

⁸² En el finalismo las categorías no son aportadas por el sujeto durante el proceso de conocimiento, sino que éste las descubre en la realidad al captarlas *tal como son*. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en los sistemas normativos, en los ontológicos el método no tiene una función configuradora de la materia. Y, dada la preconstitución del objeto, las diferentes ciencias que se proyectan sobre él no pueden llegar conclusiones contrapuestas. Abundando en ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 94.

⁸³ WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. Cerezo Mir), Ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 62.

componentes objetivos e inmutables del Derecho Penal⁸⁴. En coherencia con ello, puede decirse que a partir de la noción de acción orientada a fines el finalismo elabora su sistema, sin requerir otras referencias preexistentes al mismo. En concreto, se estima que la parte subjetiva de la conducta forma parte del tipo de injusto por remisión directa a una concepción del *ser* de la acción como una unidad final-causal de sentido (concepto ontológico de acción final⁸⁵ con contenido de voluntad)⁸⁶.

Análoga situación se dio durante el período anterior dominado por el positivismo. El positivismo formalista también prescindió del concepto de norma jurídico-penal al considerar que era una mera manifestación de la estructura del hecho delictivo. Lo mismo cabe decir del positivismo naturalista, si bien en este caso la referencia axiológica fundamental de la que extraer los sucesivos axiomas de la estructura del delito era la noción de causalidad física. En ambos casos se intentó desarrollar los preceptos concretos de la Ley en un sistema de conceptos cerrados: el positivismo formalista lo hizo a través de las proposiciones del Derecho vigente; el positivismo naturalista, por su parte, mediante silogismos limitados a lo perceptible por los sentidos. Renuncia así el positivismo a toda fuente axiológica que pueda dar una dimensión de sentido al objeto de conocimiento, a cualquier valoración filosófica de carácter sustantivo, lo que arroja como resultado una descripción acusadamente formal de la estructura del delito.

Según el positivismo los enunciados legales describen procesos causales desde un punto de vista empírico, lo que permitiría formular un concepto de delito por medio de

⁸⁴ De acuerdo con las observaciones de la psicología sobre la proyección de los actos psíquicos en el mundo exterior, en el finalismo el actuar humano se concibe como ejercicio de actividad final. Vid. MIR PUIG, *Introducción...*, p. 248; JESCHECK, *Tratado...*, pp. 190 y 191.

Aunque en el finalismo se considere posible deducir todos los aspectos de la regulación jurídica de unos pocos axiomas, mediante sucesivas operaciones de concreción, lo cierto es que en su método se da un principio normativo. A pesar de que la materia preexista al sistema con su dimensión de sentido incorporada, sus diversas propiedades son observadas desde una u otra perspectiva, resaltando uno u otro atributo, en función de la ciencia de que se trate. La elección del aspecto de la realidad a examinar depende del método de la correspondiente disciplina, lo que en sí mismo constituye ya una operación normativa. Vid. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (trad. Córdoba Roda), Ed. Bosch, Barcelona, 1959, p. 15.

⁸⁵ Explica las razones por las que no se impuso la teoría de la acción final, ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret*, nº 4, 2012, pp. 3 y ss.

⁸⁶ El concepto finalista de acción fue producto de un proceso de crítica a la influencia del naturalismo en el Derecho penal, y a la separación entre el *ser* y el *deber ser*, la realidad y el valor, de la filosofía jurídica neokantiana. En el finalismo el contenido de la voluntad pertenece al concepto de acción al configurar y dirigir objetivamente el acontecer externo, como señala CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal...*, pp. 31 y ss.

la simple ordenación y sistematización de las proposiciones legales positivas articuladas alrededor de la idea de causalidad física. Con esta mínima actividad de abstracción, de carácter descriptivo, se intentan obtener las referencias absolutas del sistema en la propia Ley, con la consiguiente imposibilidad de dar entrada en el mismo a referencias de valor (ya sea una supuesta realidad metafísica de carácter objetivo, como hace el finalismo; o subjetivos juicios de valor, en los términos del neokantismo y el funcionalismo-teleológico). El positivismo puede llegar a estas conclusiones porque, empleando una metodología propia de las ciencias empíricas, parte de la observación de la causalidad física como faz externo-formal del hecho con naturaleza ontológica. El positivismo se limita de este modo a adicionar sucesivos axiomas a la causalidad física hasta llegar a una generalización conceptual.

En efecto, si sólo los hechos perceptibles por los sentidos susceptibles de ser descritos en un sistema de conceptos físico-biológicos desempeñan una función rectora del sistema, no resulta necesario realizar ninguna especulación trascendental en el campo de la filosofía. Así pues, en su afán causal-mecanicista, las ontologías positivistas de corte idealista y naturalista definen el delito como producción de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos⁸⁷. Por lo tanto, el positivismo no extiende su tarea explicativa más allá de lo que es observable en la realidad física, con el fin de comprender los conceptos a través de su mera descripción objetivo-externa⁸⁸.

⁸⁷ En el positivismo la labor dogmática se concibe como análisis, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos básicos deducidos de la ley positiva para su integración en un sistema. Con ello queda vetada la posibilidad de incluir cualquier consideración valorativa o sociológica en el sistema, como opina NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 70. En esta línea, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Tomo primero* (trad. Quintiliano Saldaña), Hijos de Reus Editores, Madrid, p. 2, defendió la necesidad de comprender el delito y la pena a partir del desarrollo de los preceptos concretos de la ley en un sistema cerrado.

Según observa SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43 y 45, el positivismo naturalista intentó reproducir en el sistema dogmático los elementos *naturales* del delito, sin contenidos normativos, al aprehender sólo los “objetos materiales del mundo real”.

⁸⁸ La noción de causalidad física puede extraerse tanto de la exégesis y sistematización de un determinado Derecho positivo (positivismo jurídico) como del análisis empírico de la faz objetivo-externa de la acción (positivismo naturalista). En ambos casos, la acción no es más que un proceso ciego-mecánico. Mecánico, porque la causalidad es un atributo de la acción. Y ciego, porque dentro de este concepto no se considera el contenido del querer. Una configuración ciega de la acción concuerda con una concepción de la antijuridicidad como simple menoscabo de bienes jurídicos. Lo pone de manifiesto en la doctrina española, CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2014, pp. 27 y 28.

Puede afirmarse entonces que el positivismo se limita a sistematizar el Derecho vigente, de manera que el trabajo dogmático consista en la mera exégesis del Derecho positivo, en el sentido que del *ser* se extraiga el *deber ser*. Como consecuencia de esta voluntad de no entrar en valoraciones éticas o en las implicaciones de la realidad social de las normas, el positivismo jurídico acabó convirtiéndose en normativismo formalista, toda vez que se redujo a la búsqueda del vínculo lógico-formal entre los distintos conceptos jurídico-positivos mediante su abstracción. Esto permite definir el método dogmático del positivismo como formalista-normativista (como método dogmático, el concepto de formalismo no se refiere al predominio de la forma como requisito de la actuación jurídica, en contraposición al espiritualismo, sino al desconocimiento por parte del jurista de lo social y de lo valorativo).

La conclusión podría ser entonces que tanto el positivismo como el finalismo parten de nociones ontológicas de la realidad, lo que les lleva a ofrecer una visión meramente descriptiva del delito, al definirlo como una suma de notas mediante la abstracción progresiva de los conceptos de carácter extra-jurídico más específicos (relativos a la causalidad física o a la acción final) hasta llegar a los más generales⁸⁹. En consecuencia, en ambas metodologías los fines del Derecho Penal constituyen un eslabón más dentro una secuencia lógico-inductiva predeterminada por una idea matriz valorativamente objetiva (en el finalismo) o neutra (en el positivismo), y por lo tanto carecen de toda función justificante, explicativa o creadora del sistema dogmático⁹⁰.

2. Sistemas dogmáticos abiertos

En un sistema dogmático que da entrada a perspectivas valorativas de carácter subjetivo el contenido del delito sí puede depender del concepto de norma jurídico-

⁸⁹ Como recalca BACIGALUPO ZAPATER, *Principios del Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, pp. 90 y ss., tanto el positivismo como el finalismo parten de presupuestos ontológicos referidos a la acción a partir de los cuales extraen sus respectivos sistemas dogmáticos. El positivismo ofrece un concepto causal de acción, como movimiento corporal externo, lo que comporta que tan sólo tenga en cuenta la producción objetiva del resultado para la constitución del injusto. Por su parte, el finalismo se fundamenta en un concepto final de acción, como dirección del comportamiento a un fin previamente fijado y, por lo tanto, el dolo, reducido al conocimiento y a la voluntad de realización del tipo objetivo, se integra en el injusto. Sin embargo, gran parte de las conclusiones de la teoría finalista hubieran podido alcanzarse con simples modificaciones y ajustes marginales de la teoría causal.

⁹⁰ Los partidarios de una visión teleológico-funcionalista postularon que una concepción ontológica de la acción no puede ser vinculante para un sistema del Derecho Penal fundamentado en decisiones valorativas. Asimismo, no permitiría captar el significado de la imprudencia ni de la omisión. Se refiere a ello, ROXIN, *Derecho penal I...*, pp. 202 y ss.

penal. Sin embargo, el neokantismo, a pesar de afirmar el relativismo axiológico al que todo proceso de conocimiento está abocado, no halló en la esencia de la norma jurídico-penal la referencia valorativa básica con la que reconsiderar las categorías ontológicas del positivismo. A pesar de intentar abrirse a las finalidades de la Política Criminal, no percibió el potencial que la esencia de la norma jurídico-penal tenía para estos fines. Es decir, no advirtió que en ésta están presentes los fines del Derecho Penal, así como las referencias de valor que les sirven de base⁹¹.

Mayores éxitos han cosechado las metodologías teleológico-funcionalistas en la configuración de una síntesis entre Dogmática y Política Criminal, tarea que ha sido facilitada por la concepción de ambas disciplinas como ciencias sociales. Sobre esta base ha sido posible reconocer el carácter no descriptivo sino prescriptivo de los enunciados legales⁹². Busca de esta manera el funcionalismo-teleológico asentar el proceso de concreción de la Ley en el sistema sobre la realidad fáctica objeto de regulación, lo que permite considerar en el campo dogmático las necesidades político-

⁹¹ En el neokantismo se parte de que el *deber ser* no deriva del *ser*, y por lo tanto los parámetros valorativos no se buscan en un análisis empírico de la realidad. De esta manera el sujeto no descubre el valor en la experiencia, sino que lo aporta a ella. No se limita entonces el neokantismo a describir las leyes de la naturaleza, a constatar las regularidades observadas en el mundo empírico. Por lo tanto, sus partidarios defienden la necesidad de aplicar a la materia – como dato empírico espacio-temporal– las categorías del entendimiento –como formas a priori–. Vid. MIR PUIG, *Introducción...*, p. 234.

La metodología neokantiana, aunque dio entrada a elementos subjetivos del tipo, siguió considerando la acción en sentido causal, como en el esquema naturalista. Para ello partió de la consideración de que el injusto se refiere regularmente a la conducta exterior, objetiva y corporal, y que los elementos subjetivos de lo injusto representan por ello sólo excepciones a la regla. No obstante, esta metodología permitió ordenar los deberes jurídico-penales como producto de la razón humana. Vid. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde / Díaz Pita), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 20 y ss.

En general a la metodología neokantiana se le reprocha la circunstancia de no haber sido capaz de llevar hasta el final la comprensión y ordenación de las categorías de la Teoría del Delito con arreglo a una adecuada síntesis entre valor y realidad. Al intentar compatibilizar consideraciones valorativas con un concepto de acción puramente descriptivo y naturalístico, se limitó a completar el positivismo jurídico sin modificar lo objetivo, sino añadiendo lo subjetivo (en el sentido de que el sujeto aporta al proceso de conocimiento su significado de valor). El resultado fue un dualismo entre *ser* y *deber ser*, esto es, entre la realidad empírica libre de valor y significado valorativo de la realidad. Según pone de relieve SERRANO MAÍLLO, *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 236, ‘‘bajo la influencia de la filosofía neokantiana, con su reclamación de valores, ‘el concepto causal de acción no es un concepto puramente natural, pues lleva implícito un elemento valorativo, al exigir que el hacer y el dejar de hacer sean voluntarios’’.

⁹² Según se ha indicado, dentro de esta corriente resulta fundamental la línea programática iniciada por ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 203, en los años setenta del siglo pasado. En ella los distintos niveles sistemáticos se vinculan a diversos valores rectores. Esto permite configurar un sistema dogmático cuyas categorías tienden a diferenciarse en función de contenidos político-criminales: ‘‘se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena’’.

criminales del caso concreto⁹³. Desde esta perspectiva la construcción dogmática no sería producto de un proceso inductivo (a partir de los preceptos de un Derecho positivo *dado*) o deductivo (a partir de la configuración de determinadas estructuras materiales del *ser*), sino la expresión de los requisitos necesarios para sancionar penalmente un hecho, según una concreta concepción valorativa condicionada culturalmente que se estructuraría alrededor de subjetivas estipulaciones normativas de *deber ser*⁹⁴. Se admite, por lo tanto, que el mero análisis lógico-objetivo del objeto no permite captar su dimensión de sentido, sino que ésta debe ser aportada por el sujeto, en el sentido de atribuirle un sentido material específico capaz de dotarlo de contenidos de valor legitimantes⁹⁵.

Parte el funcionalismo-teleológico de que la evolución de las bases político-ideológicas del sistema dogmático comporta la necesidad de introducir la valoración en el Derecho Penal, con el consiguiente planteamiento de principios metodológicos de carácter normativo⁹⁶. Tales contenidos de valor legitimante, a identificar con anterioridad al inicio del trabajo estrictamente dogmático, determinan que la consecuencia jurídico-penal deba ser compatible con los objetivos político-criminales reconocidos en el Ordenamiento positivo. Pero ello no implica un abandono a priori de las exigencias de coherencia intra-sistémica, sino simplemente que las finalidades político-criminales son el fundamento material del sistema de imputación penal. Es por este motivo que el funcionalismo-teleológico presentó las categorías

⁹³ Las bases teleológicas adoptadas no son sólo un criterio interpretativo de la legislación penal vigente, sino que tienen una eficacia constitutiva de la estructura del delito. Como expone SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 124 y ss., ello posibilita una síntesis entre el “pensamiento problemático” y el “pensamiento sistemático”, mediante un “sistema abierto” que cumpla las exigencias racionales de toda sistematización y disponga, a la vez, de los mecanismos necesarios para integrar una satisfactoria y adecuada resolución del problema.

Esto contrasta con las sistemáticas finalistas y causalistas, en las que las elucubraciones lógico-abstractas prescinden de las necesidades reales y cambiantes de la aplicación del Derecho Penal en la sociedad, con el consiguiente riesgo de contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente deseable.

⁹⁴ Esto obliga a expresar de forma realista, o en términos menos absolutos, los niveles de neutralidad científica a los que puede aspirar la Dogmática penal, como señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 221.

⁹⁵ De esta manera se rechazan los puntos de partida de las sistemáticas finalistas y causalistas, puesto que se considera que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas –como los conceptos de acción, de causalidad u otras estructuras lógico-reales–, sino que debe guiarse exclusivamente por las finalidades del Derecho Penal, según afirma ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 203.

⁹⁶ Parte ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito...*, pp. 35 y ss., de que la Dogmática jurídico-penal debe ocuparse de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales, así como de las opiniones científicas en el ámbito del Derecho penal.

básicas del sistema dogmático tradicional como instrumentos de valoración político-criminal. Es decir, las funcionalizó al objeto de que fueran útiles en relación con los fines políticos de carácter normativo justificadores de la intervención penal⁹⁷.

Se caracteriza entonces el funcionalismo-teleológico por incorporar al sistema dogmático la suma de axiomas valorativo-subjetivos relativos a las finalidades del Derecho Penal, de los que se obtienen las necesarias referencias materiales de valor. De esta manera en el pensamiento teleológico-funcionalista los diferentes niveles de imputación se deducen de los valores, principios y fines del Derecho Penal positivo que expresa la norma jurídico-penal, los cuales tienen una función legitimante y limitativa en la producción dogmática. Estos contenidos materiales permiten establecer determinadas limitaciones a la intervención penal que se configuran como auténticas garantías para el ciudadano, entre ellas las que derivan de una interpretación sustantiva del tipo de injusto⁹⁸.

No obstante, si bien todas las sistemáticas teleológico-funcionalistas encuentran en las finalidades de protección del tipo uno de sus ejes esenciales, algunas de ellas entienden que éstas consisten en el reforzamiento de la vigencia de la norma, con independencia de cuáles sean los intereses concretos (individuales o supraindividuales) que con ella se amparan. Esto implica prescindir de la proyección del bien jurídico-penal como criterio material de atribución de responsabilidad penal. Ergo, dado que sólo se presta atención al continente al margen de su contenido, la noción de bien jurídico-penal se transforma en una carcasa vacía sin ninguna virtualidad como instancia crítica de la producción político-criminal y dogmática, al carecer de toda eficacia limitativa de la intervención punitiva. Este punto de vista no está en condiciones, por lo tanto, de abastecer de criterios restrictivos el ámbito del tipo en los delitos de peligro abstracto. Estos

⁹⁷ Se entiende que las normas jurídico-penales expresan imperativos porque esta configuración teleológica es la que mejor se adapta a su finalidad, según postula SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 547.

⁹⁸ La metodología que se sigue aspira a no encerrarse en su abstracción conceptual, ni en su aplicación deductiva. Para ello uno de los aspectos nucleares de la actividad jurídico-teórica debe ser el problema político-criminal del caso concreto. Como razona MORILLAS CUEVA, *Metodología y Ciencia penal*, 2ª ed., Universidad de Granada, 1991, p. 216, la validez del Derecho Penal únicamente puede admitirse si sirve adecuadamente a la finalidad de resolución de la cuestión político-criminal: “el Derecho no puede quedar anclado en la pura forma y que para su exacta comprensión es obligado tener en cuenta tanto la norma individual como el hecho social que regula, sino que, además, se completa con el convencimiento de que debe perseguir finalidades prácticas para cuyo logro ha de emplear asimismo una metodología adecuada”.

inconvenientes justifican la necesidad de decantarse por maximizar la vocación teleológica del sistema desde la óptica de las finalidades de protección que se manifiestan en el bien jurídico. Entiendo por ello que la dimensión funcional del bien jurídico debe percibirse como expresión de las decisiones político-criminales básicas de las que extraer el conjunto de axiomas dogmáticos⁹⁹.

Como se tratará de argumentar a lo largo del trabajo, la teoría de la protección de bienes jurídicos constituye una auténtica teoría de la legitimación del Derecho Penal, al definir los límites impuestos al legislador en la labor de conformación de este último. Asimismo, creo que la teoría del bien jurídico abarca condiciones fundamentales suprapositivas para cualquier poder estatal legítimo, y que por lo tanto es la premisa implícita de cualquier Estado de Derecho liberal-democrático, con independencia de si tal Estado reconoce expresamente el principio de lesividad para bienes jurídicos en su Constitución. Por lo demás, la ampliación del Estado liberal hacia el Estado social, como logro de la evolución constitucional, no muestra como obsoleto el concepto de protección de bienes jurídicos, sino que tan sólo conduce a una ampliación del catálogo de bienes jurídicos, incluso a una protección de los titulares de bienes jurídicos frente a su propia irracionalidad, como sucede en materia de salud pública, lo que supone la incorporación, en una intensidad que debe ser cuidadosamente limitada, de ciertos elementos paternalistas en el Derecho Penal. Según ello, para determinar el alcance adecuado de la prohibición penal, la necesidad de protección debe ser confrontada con la pérdida de libertad de acción¹⁰⁰.

Una de las manifestaciones de la ampliación del catálogo de bienes jurídico-penales como consecuencia del paso del Estado liberal hacia el Estado social, ha sido el reconocimiento de bienes jurídico-penales supraindividuales; dentro de éstos, desde postulados teleológico-funcionalistas se ha defendido la existencia de bienes jurídico-penales institucionalizados, cuya propiedad específica sería la tutela de la confianza de los ciudadanos en el mantenimiento del sistema social en sus rasgos esenciales, aunque la conducta individual indeseada no llegue a dañar esa confianza colectiva como presupuesto para el funcionamiento de determinadas formas de comportarse socialmente. Se dice en este sentido que, si tales conductas se

⁹⁹ En opinión de JESCHECK, *Tratado...*, p. 177, los conceptos generales deben diferenciarse y concretarse para que en cada caso específico se manifiesten las decisiones valorativas de naturaleza político-criminal. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 69 y 70, caracteriza la dogmática jurídico-penal como un medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del Derecho penal en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones sistemáticas. Añade ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 193, que un sistema es “la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea”, un “todo del conocimiento ordenado según principios”.

¹⁰⁰ SCHÜNEMANN, “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 71 y ss.

autorizaran o permitieran, desaparecerían las condiciones institucionales para la existencia de la referida confianza. Sobre todo ello habrá ocasión de volver pormenorizadamente más adelante.

Se opta entonces por una metodología teleológico-funcionalista en la que el sistema dogmático se vertebró valorativamente alrededor de los principios, límites y garantías del modelo político-jurídico vigente¹⁰¹. Con esta vinculación se pone de manifiesto, por un lado, el carácter variable y contingente de los juicios de valor de los que se nutre el sistema y, por otro, que éstos se formulan como un *deber ser* normativo carente de cualquier vocación objetivo-ontológica. Los fines legitimadores del Derecho Penal se convierten así en una idónea herramienta para impulsar el desarrollo del sistema dogmático, así como para cimentar la propuesta de interpretación restrictiva de la tipicidad en el ámbito de los delitos de peligro abstracto que me dispongo a emprender¹⁰².

Puede postularse entonces que en esta concreta perspectiva la prevención limitada de delitos es la finalidad legitimadora del Derecho Penal, y que para la realización de esta tarea el principal instrumento del que éste dispone es la norma jurídico-penal concebida como directriz de conductas reforzada por la amenaza de la pena, de modo que en el momento de la abstracta amenaza de la pena las funciones del sistema sean de naturaleza preventivo-general¹⁰³. Configurados bajo este esquema, los fines del Derecho

¹⁰¹ La valoración político-criminal puede coadyuvar en la tarea de encontrar “lo que es justo aquí y ahora”. Por lo tanto, la valoración político-criminal proporciona una fundamentación filosófica de valor relativo, la cual se aprehende por medio de técnicas subjetivas de razonamiento. En todo caso, cuando las finalidades rectoras configuran el sistema, se minimizan los riesgos de eventuales colisiones entre los intereses político-criminales y los dogmáticos. En el caso concreto, tan sólo puede garantizarse la justicia mediante un Derecho positivo vinculado a la ley, reconduciendo todos los grupos de casos al fin de la misma. Por consiguiente, el sistema debe descartar las soluciones dogmáticas incompatibles con sus fines. Ello permite excluir la posibilidad de que las soluciones dogmáticas se obtengan de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas. Desarrollando estos razonamientos, MIR PUIG, *Introducción...*, p. 326.

¹⁰² En este sentido, el Derecho Penal debe entenderse como “Derecho constitucional concretizado”, según expone FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 27, en los siguientes términos: “se debe partir metodológicamente de la existencia de un sistema político y social con una mínima legitimidad constitucional y en el marco de ese sistema constitucional es donde se debe tener en cuenta la función del Derecho penal. La legitimidad del Derecho penal depende de la del orden constitucional al que sirve y no puede ser más legítimo el Derecho penal que el sistema al que sirve. Si el sistema es ilegítimo (por ejemplo, se trata de una dictadura militar) el Derecho penal, como Derecho derivado del orden constitucional, desempeñará una función ilegítima”.

¹⁰³ Las normas primarias y secundarias expresan las dos decisiones valorativas fundamentales del legislador. La norma primaria expresa la decisión del legislador de prohibir un comportamiento porque se considera que algo tiene que ser evitado desde la perspectiva del Derecho Penal. Y que ello tiene sentido al ser necesario, posible y lícito, dirigir una conminación penal que limite el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena, en el sentido de disuadirlos de la realización de la conducta prohibida. Por su parte, la norma secundaria manifiesta, no ya la voluntad de limitar la esfera individual

Penal proporcionan los juicios de valor necesarios para realizar una caracterización teleológica del sistema dogmático con pretensiones limitativas del *ius puniendi*¹⁰⁴.

En atención a que la lesión de bienes jurídico-penales sólo puede prevenirse dirigiendo reglas de conducta a los ciudadanos, el fin de protección de éstos únicamente puede alcanzarse mediante la motivación normativa. Es por ello que las normas jurídico-penales se conciben como órdenes vinculantes con contenido jurídico; y que la infracción objetivo-subjetiva de las mismas se inserta en el núcleo del juicio de desaprobación que compone el injusto penal, sin que éste se fundamente sólo en la creación de un estado degradado del bien jurídico-penal. Esta visión sobre la esencia imperativa de la norma penal, como elemento fundamentador del injusto penal, con el tiempo ha ido calando en nuestra jurisprudencia, lo que se ha traducido, entre otras manifestaciones, en la exigencia de que el resultado originado por la conducta entre dentro de la órbita de los que la norma penal quiere evitar (STS 182/2005, de 15 de febrero; SAP Madrid 18/2006, de 17 de enero; SAP Salamanca 69/2013, de 28 de mayo).

de libertad de conducta mediante la amenaza de pena, sino la de incidir directamente en los derechos fundamentales del individuo en virtud del castigo. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 612.

¹⁰⁴ Como expone FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención...*, p. 23, “las normas penales han de tener una fundamentación autónoma teniendo en cuenta los principios y valores de nuestro sistema político-social y no una fundamentación heterónoma ajena a dichos principios y valores. El Derecho se ocupa del deber ser (lo deontológico), y éste no tiene que derivar necesariamente del ser (lo ontológico)”.

SEGUNDA PARTE. LA TENTATIVA

I. Introducción

Tanto en la doctrina española como en la extranjera son numerosos los estudios sobre la tentativa; en ellos se abordan la mayoría de aspectos que se concitan alrededor de una categoría dogmática tan poliédrica y morfológicamente compleja como ésta¹⁰⁵. Estos análisis con vocación de exhaustividad han reportado ciertamente una visión

¹⁰⁵ Reina acuerdo sobre la integración que se produce en la tentativa punible de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho, de acuerdo con la definición legal de la misma contenida en el art. 16 CP. Por todos, vid. MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 343 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 193 y ss.; DEMETRIO CRESPO (coord.), *Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Penal II, Teoría del delito*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 183 y ss.; ROMEO CASABONA / SOLA RECHE / BOLDOVA PASAMAR, *Derecho Penal. Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 172 y ss.; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 21ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 152 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 515 y ss. Idéntica situación se produce en la doctrina alemana: por todos, vid. ROXIN, *Derecho penal I...*, pp. 275 y ss.; MAURACH, *Derecho Penal. Parte General. I* (trad. Bofill Genzsch / Aimone Gibson), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 331 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 184 y ss.; STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. Cancio Meliá / Sancinetti), Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, pp. 275 y ss. La misma opinión se ha generalizado entre la doctrina italiana: por todos, vid. CARACCIOLI, *Manuale breve di Diritto Penale. Parte Generale*, Ed. CEDAM, Padua, 2002, pp. 243 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Ed. Giuffrè Editore, Milán, 1997, pp. 471 y ss.

La doctrina mayoritaria conviene en que el elemento subjetivo consiste en la intención de cometer el delito, en el dolo de realizar la conducta típica como designio criminal; mientras que en su aspecto objetivo es necesaria la exteriorización de todos o parte de los actos ejecutivos que deberían originar el resultado, sin que éste se produzca por causas independientes de la voluntad del autor. Así lo expresa NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963, p. 21: “cuando la voluntad criminal se traduce en un acto externo que penetra ya en la esfera de la consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica de tal delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo, y la figura a que da lugar se llama tentativa, que Romagnosi definió de un modo simple como ‘la ejecución incompleta de un delito’”.

En referencia a las distintas fases de las que se compone el *iter criminis*, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pp. 42 y 43, postula que “las acciones u omisiones constitutivas de delito, para merecer la consideración de tales, han de exteriorizarse fuera del ámbito inexpugnable de la conciencia humana (...). El criminal concibe la ejecución de un delito. Tras de mayor o menor deliberación y lucha interior, resuelve llevarlo a cabo, lo prepara en su mente y, al fin, llega un momento en que le es preciso exteriorizar esta creación psicológica por medio de actos espirituales o materiales, pero externos ya, que suponen por sí una posible perturbación en el mundo que le rodea. Hasta entonces el acto o la omisión no interesa al Derecho penal, ya que hasta no franquear las fronteras de la conciencia, sólo la Moral o la Religión pueden tener adecuada jurisdicción sobre él. No hay delito ni puede haberlo por la sencilla razón de que no existe acción ni omisión hasta que se exterioriza, y porque es materialmente imposible ejercer válidamente la coacción física del Derecho penal sobre la inmaterial esencia espiritual del pensamiento interno”.

En esta línea, MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 1990, p. 21, califican los actos preparatorios como “formas de resolución manifestada”. En cuanto a la atipicidad de la fase interna, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, (coord. Jorge Barreiro), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 74, apunta que la ideación es atípica por no haberse traducido aún en un comportamiento externo de acuerdo con el clásico principio “*cogitationis poenam nemo patitur*”.

panorámica sobre la materia. Sin embargo, no abundan los estudios sobre la capacidad de la tentativa para actuar como instancia limitadora de la punibilidad, en relación con algunas clases de tipos y, en concreto, con los delitos de peligro. Por consiguiente, en este apartado, con el fin de contribuir a llenar este vacío, se tratan algunas de las manifestaciones concretas de la tentativa con el objetivo de comprobar si puede tener alguna eficacia limitativa de la reacción punitiva y, en su caso, cuál es el potencial del que dispone para estos efectos, atendiendo a su naturaleza jurídica, a su estructura y al fundamento de su punición¹⁰⁶.

Los delitos de peligro abstracto son un óptimo banco de pruebas para realizar estas comprobaciones, en atención a que en ellos la doctrina muchas veces topa con dificultades para asignar un contenido material a su tipo de injusto. En este sentido, albergo la convicción de que algunas de las concomitancias, sin duda existentes, entre la estructura formal y material de la tentativa de delito y la de los delitos de peligro abstracto, pueden proporcionar valiosas pautas interpretativas de los segundos con una proyección marcadamente restrictiva de su tipo de injusto, las cuales pueden reconducirse a los dos grandes requisitos en general predicables de todo delito: la antijuridicidad en sentido formal y la antijuridicidad en sentido material. Así pues, a partir de su comparación con la tentativa, la modulación de la gravedad de la represión penal en los delitos de peligro abstracto podría vehicularse sobre dos ejes distintos. En primer lugar, a nivel de estructura formal, a través de una adecuada determinación del momento en que se da inicio a la ejecución del tipo de peligro abstracto, puesto que ello permite diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, de modo que sólo los segundos adquieran interés para el Derecho Penal. Este criterio ya supone una primera limitación de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto, en la medida que obliga a calificar de preparatorias y, por lo tanto, a dejar impunes aquellas conductas que no ejecutan en sentido literal el verbo rector del correspondiente delito. En segundo lugar, a nivel de estructura material, la comparación entre el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea y la de los delitos de peligro abstracto, unida a una correcta delimitación de los intereses protegidos en estos últimos, abre la puerta a la exclusión de la relevancia penal de aquellas conductas que, pese a realizar formalmente el tipo de

¹⁰⁶ La reforma del CP operada con la LO 1/2015 no introduce ninguna modificación sustancial en el art. 16, mediante el que se definen los conceptos legales de tentativa y desistimiento, al limitarse a eliminar la referencia a las faltas en consonancia con la supresión general realizada de las mismas.

peligro abstracto, no cumplen con las exigencias de la teoría de la imputación objetiva¹⁰⁷, singularmente con aquellas referidas a la creación de un riesgo para el bien jurídico-penal protegido lo suficientemente grave como para merecer y necesitar una respuesta penal. Por lo tanto, las finalidades de protección del tipo también pueden operar en los delitos de peligro abstracto como parámetro restrictivo de la tipicidad, en la medida que indican el nivel de gravedad mínimo de la modalidad de ataque contra los intereses por ellos tutelados a partir de la cual la conducta realiza, en sentido material, el delito de peligro abstracto en cuestión. De esta manera, al igual que sucede con la tentativa inidónea, en los delitos de peligro abstracto también debe exigirse el primer presupuesto de la teoría de la imputación objetiva – esto es, que la conducta genere, incremente o no disminuya un riesgo de lesión del bien jurídico-penal protegido –, y por lo tanto éste se configura como un elemento necesario y común a todo tipo de injusto penal, y en consecuencia su concurrencia provoca por sí misma la infracción de la norma de conducta en la que se fundamenta la reacción punitiva¹⁰⁸.

En este orden de cosas, en función de cómo se compare la tentativa de delito con los delitos de peligro abstracto, y de cómo se conciban los intereses protegidos en éstos, la graduación de la respuesta punitiva que en todo caso tiene lugar a través de esta operación puede producirse por dos vías alternativas cuyo significado y alcance son distintos. Así pues, una primera vía restrictiva de la punibilidad de los de peligro abstracto pasaría por apreciar en ellos supuestos de tentativa, en cuyo caso la gravedad de la respuesta penal sería inferior que en la consumación; en una segunda, podía entenderse que son atípicas en relación con el delito de peligro abstracto de que se trate

¹⁰⁷ Según expone FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret*, nº 3, 2014, p. 4, “la vinculación del concepto de delito con el menoscabo (descrito típicamente) de un bien jurídico protegido (recogido en una ley penal) proviene del aparato conceptual del positivismo jurídico. Y es desde el naturalismo desde donde se importa la comprensión del menoscabo de un bien jurídico como el acontecimiento desencadenado por una persona a través de un movimiento corporal voluntario”.

¹⁰⁸ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “*Imputabilitas* y teoría de la imputación”, en *InDret*, nº 2, 2015, p. 1. Entiende el autor que el primer nivel de imputación tendría que ser el personal ya que, según él, el inimputable no puede actuar antijurídicamente: si *imputabilitas* es capacidad de imputación, “un desarrollo consecuente de esta idea afecta necesariamente a la teoría de la imputación, tanto en lo relativo a la teoría de las normas como al sistema de la teoría del delito. Pero una revisión en ese sentido no sólo requiere el examen del concepto, sino de distintas cuestiones: la denominada “imputabilidad disminuida” o la posible “presunción” de imputabilidad del sujeto. En todo caso, la cuestión a plantear es si los sujetos inimputables (sin *imputabilitas*) pueden ser considerados, en un principio, sujetos del derecho penal, pues difícilmente puede mantenerse que existen expectativas de cumplimiento de las normas respecto a ellos, que sólo son sujetos de medidas. La conclusión es negativa: el inimputable no puede ser sujeto del deber cuya infracción sanciona el derecho penal y constituye un caso (no el único grupo de casos) de inevitabilidad individual. No es posible el injusto penal de un inimputable; y, por tanto, el análisis sobre la imputación penal de una conducta debe iniciarse con el examen de la imputabilidad penal de su autor”.

aquellas conductas que ni siquiera puedan contemplarse como una tentativa inidónea, al no implicar un peligro suficientemente grave de afectación del interés tutelado. Es posible afirmar entonces que, en todo caso, de una comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa de delito resulta una restricción de la punibilidad de los primeros: en la primera de las interpretaciones descritas, esta restricción consistiría en una reducción de la gravedad de la respuesta punitiva (la que resulta de la tentativa frente a la consumación)¹⁰⁹; en la segunda, consistiría en la propia eliminación de la respuesta punitiva (la que resulta de la atipicidad frente a la tipicidad). Evidentemente, en este segundo supuesto la reducción de la punibilidad que se establece es superior, puesto que la respuesta penal no simplemente se atenúa, sino que se elimina.

Sentado lo anterior, en lo sucesivo se intentan desarrollar algunos de los puntos de partida esbozados en obras dedicadas a un análisis más transversal de la tentativa, para cuanto menos propiciar la apertura de un debate lo más fructífero posible acerca del alcance de los delitos de peligro abstracto. Un interés en la materia que se intensifica a la vista del carácter absolutamente residual o restrictivo con que la jurisprudencia aprecia tentativa en delitos de peligro. De acuerdo con el paradigma epistemológico adoptado, la infracción del imperativo de conducta contenido en la norma primaria, en virtud del que se prohíbe la realización de actuaciones que entrañan un determinado nivel de peligro para el bien jurídico, será el punto de equilibrio sobre el que ponderar si algunos casos de peligro abstracto merecen o no ser penados.

A través de una adecuada comprensión de estos particulares se tratará, en definitiva, de delimitar si es posible apreciar tentativa en los delitos de peligro abstracto, y si es posible defender, en términos de corrección dogmática y de legitimidad político-criminal, la atipicidad material de conductas formalmente realizadoras de un delito de peligro abstracto, por ser la afectación que en ellos se produce del bien jurídico-penal inferior a la específica de la tentativa inidónea. Como decía, esta reducción de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto a luz del primer requisito de la teoría de la imputación objetiva, relativo a la creación de un peligro para el bien jurídico-penal

¹⁰⁹ Según una interpretación acorde con su regulación actual, el delito consumado existe, como señalan MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal...*, p. 23, “cuando la acción u omisión penada por la Ley, ésta totalmente realizada, equivale al completo logro del resultado que el culpable se propuso obtener, ejecutar hasta su conclusión alguna cosa y en definitiva, cuando concurren todos los factores internos y externos que configuran el delito, con resultado inmutable, aunque los actos posteriores puedan modificar la punibilidad, sin mudar la esencia de aquél”.

comprendido dentro de los que el tipo finalísticamente pretende evitar, está íntimamente relacionado con el desvalor de la conducta fundamentador del castigo de la tentativa inidónea desde una perspectiva objetiva. Por otro lado, si se parte de que sólo pueden castigarse conductas formalmente realizadoras del tipo, y de que no todas las conductas que lo realizan formalmente son materialmente típicas, la comparación entre la tentativa de delito y los delitos de peligro abstracto mediante la que restringir la aplicación de estos últimos exige analizar los presupuestos de la antijuridicidad formal y material de aquélla. Es por ello que en este apartado va a exponerse cuándo empieza y cuándo acaba la tentativa de delito, de lo que deben extraerse los presupuestos de su tipo de injusto en sentido formal; así como cuáles son las razones que fundamentan materialmente su punibilidad, de lo que deben desprenderse los presupuestos de su tipo de injusto en sentido material. A partir de ello, en un apartado posterior se intentarán inferir los requisitos de la tipicidad formal y material de los delitos de peligro abstracto. Dentro del estudio de la tentativa, por razones metodológicas el fundamento de su punibilidad se analizará antes que su estructura formal, habida cuenta de que la idea principal de este apartado es que el castigo de los delitos de peligro abstracto se justifica desde una óptica objetivo-material en las mismas razones que la tentativa inidónea. El objetivo propuesto pasa, en suma, por desarrollar aspectos concretos de la teoría de la tentativa desde la perspectiva de la imputación objetiva, a los efectos de aplicarlos posteriormente a la teoría de los delitos de peligro abstracto. Se parte para ello de que el primer componente de la teoría de la imputación objetiva, atinente al desvalor de la conducta, al ser a su vez el primer gran elemento de la teoría del delito, sirve para explicar todas las posibles manifestaciones de la conducta punible¹¹⁰.

II. Naturaleza jurídica de la tentativa

1. Perspectivas sobre la naturaleza jurídica de la tentativa

Antes de entrar en los requisitos formales y materiales del tipo de la tentativa, en particular de la tentativa inidónea, los cuales como se ha dicho son compartidos por los delitos de peligro abstracto, deben dirimirse dos cuestiones previas relativas, la primera, a si la tentativa posee carácter penalmente típico, y la segunda, a cómo se relaciona esta

¹¹⁰ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2016, pp. 10 y ss.

eventual tipicidad con la del delito consumado. De todo ello depende la ubicación que la tentativa tenga asignada dentro de la teoría del delito. En este sentido, para optimizar las funciones restrictivas de la tipicidad en los delitos de peligro abstracto que se pretenden identificar en la tentativa, es necesario estimar que ésta tiene naturaleza típica y que además conforma un tipo de delito distinto del consumado. En la actualidad, la mayor parte de la doctrina defiende que la tentativa tiene naturaleza típica, si bien existe menos consenso en torno a su relación con el delito consumado¹¹¹. De esta manera las posturas según las que la tentativa constituye un tipo específico, pueden contraponerse a otras que la conciben como una forma de aparición del tipo consumado. El alcance de este debate se pone de manifiesto en la distinta terminología empleada para referirse a ella (“formas de aparición del delito”, “grados de realización del hecho punible”, “tipos de imperfecta ejecución”, etc.)¹¹².

Entre los partidarios de admitir que la tentativa dispone de naturaleza típica¹¹³, hay quien considera que constituye una extensión de la tipicidad básica constituida por el delito consumado, es decir, quien la concibe como una simple modificación de ésta, sin conformar en ningún caso un tipo propio¹¹⁴. Desde la perspectiva contraria se alega que la tentativa realiza un tipo de hecho distinto al que por lo menos le falta el resultado propio de la consumación, lo que daría lugar a un tipo de delito también distinto. No sería entonces la tentativa un defectuoso estadio previo a la consumación, sino un modelo delictivo independiente. Esta independencia de un tipo respecto del otro se fundamentaría en varias razones, entre ellas la comprensión de la tentativa como un tipo de integración cuyos componentes específicos resultan de la puesta en relación del correspondiente tipo consumado con las proposiciones que la incriminan contenidas en

¹¹¹ *Ibidem*. pp. 91 y ss.

¹¹² Dejan constancia sobre la falta de acuerdo en torno a la naturaleza jurídica de la tentativa, CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, pp. 7 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina i jurisprudencia*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2011, pp. 47 y ss.

¹¹³ Desde esta perspectiva, si el delito se divide en grados de realización, la inclusión de las etapas previas a la consumación en la tipicidad es una de las consecuencias de las garantías derivadas de un Derecho penal del tipo, como observa FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 53 y ss.

Las etapas o grados de realización del delito marcan el avance en la progresión delictiva en función del nivel de realización volitiva del autor. Por lo tanto, permiten descomponer la realización del hecho en distintas partes (planteamiento, preparación, ejecución, consumación, agotamiento, etc.). Al respecto, MAURACH, *Tratado de Derecho Penal II* (trad. Córdoba Roda), Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pp. 165 y ss.

¹¹⁴ Se adscribe a esta tesis JESCHECK, *Tratado...*, p. 466, al estimar que la tentativa “es un tipo dependiente, puesto que sus elementos no han de entenderse en sí mismos, sino que deben referirse al tipo de una determinada clase de delito (no existe ninguna ‘tentativa en sí’, sino sólo, por ejemplo, tentativa de asesinato, de hurto o de estafa)”.

el art. 16 CP. Procede analizar entonces si la independencia del tipo de la tentativa puede justificarse por su configuración como tipo complejo resultante de la combinación de un precepto general y abstracto con las disposiciones particulares reguladoras del correspondiente tipo consumado¹¹⁵.

Así las cosas, de carecer de autonomía, la tentativa se concibe como un delito imperfecto y subordinado, como una “tentativa de delito”. Por el contrario, si se contempla como una figura autónoma y completa, cabe desarrollar una teoría sobre el “delito de tentativa”. En relación con ello, si bien resulta innegable que la tentativa es un estadio intermedio dentro del “itinerario criminal” o la “senda del crimen”, lo cierto es, como se tratará de demostrar, que no puede calificarse de “delito imperfecto” o de “fracción de delito”, sino que dispone de entidad propia.

2. La tentativa de delito como figura atípica

Un sector minoritario, iniciado en España entre otros autores por RODRÍGUEZ DEVESA, postuló la naturaleza atípica de la tentativa. Según esta corriente la tentativa constituye simplemente una causa de extensión de la responsabilidad penal. En consecuencia, la punición de conductas que no llegan a la consumación conformaría una excepción a la regla general en virtud de la cual sólo son punibles las conductas tipificadas por la ley. Se esgrimió al respecto que “el que intenta matar, pero no consigue su propósito, no ha realizado el tipo de homicidio. Tampoco el que se limita a sujetar a la víctima mientras otro la apuñala puede decirse que ha verificado la acción de matar. No obstante, la ley dispone que en estos casos se imponga una pena”¹¹⁶.

De acuerdo con esta teoría, en ausencia de consumación no se realizaría un tipo de imperfecta realización, sino actos delictivos imperfectos de carácter atípico mediante los que se ampliaría la penalidad del tipo de delito al que se refieren¹¹⁷. No realizaría

¹¹⁵ Como afirma WOLF, *Las categorías de la tipicidad* (trad. Carrasco Andrino), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 15 y 16, el concepto de acción se construye a partir de elementos empíricos, mientras que el concepto de tipo desde elementos jurídico-normativos: “la acción daría sólo la clase de ‘comportamiento’ humano; el tipo, en cambio, su forma jurídica”.

¹¹⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, 17ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 771.

¹¹⁷ Por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1986, p. 440, estimó que la tentativa tiene naturaleza accesoria en relación con las figuras principales a las que se refiere, por lo que

entonces el infractor una conducta típica, al existir un déficit respecto la tipicidad del delito consumado, aunque el hecho sería punible por su fuerte vinculación con éste. Añadían además los partidarios de esta postura que la punibilidad de la tentativa como figura atípica se muestra respetuosa con el principio de legalidad al derivar de una previsión legal expresa.

En contra de esta opinión, existen sólidos motivos para defender que la tentativa conforma un tipo de delito. Efectivamente si sólo son delito “las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley” (art. 10 CP), y la tentativa es punible (art. 15 CP), queda claro que las razones de tal punibilidad radican en su naturaleza típica. Es decir, si sólo son punibles las conductas expresamente previstas en un tipo legal, es obvio que la tentativa es un tipo de delito. En esta misma línea, el art. 63 CP se refiere a la tentativa como “delito intentado”, sin que ningún otro precepto se oponga expresamente a contemplarla como tal¹¹⁸.

La atribución de naturaleza típica a la tentativa de delito – así como a los actos preparatorios punibles – es la visión más acorde con las funciones relacionadas con el principio de legalidad que desempeña el tipo penal. Una de las manifestaciones de este principio, la garantía criminal, obliga a que todo delito esté determinado por la ley, en el sentido de que exista una concreción legal previa de los supuestos en los que se aplica una pena. Esto es, no puede castigarse penalmente ninguna conducta que no esté legalmente prevista como delito (art. 1 CP). Según ello, si la tentativa de delito careciera de naturaleza típica, debería considerarse penalmente impune¹¹⁹.

A parte de estos argumentos relacionados con el principio de legalidad¹²⁰, existen otros de distinto orden que apuntan en la misma dirección. De estimarse que la tentativa es atípica, su naturaleza sería la misma que la de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, por cuanto éstas constituyen elementos accidentales del delito de

sería una causa de extensión de la pena (por cuanto extiende a otras conductas la punibilidad establecida para los preceptos que castigan el delito consumado).

¹¹⁸ MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *RDPC*, nº 3, 2001, pp. 1 y ss.

¹¹⁹ Concluye FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 52 y ss., que las disposiciones reguladoras de la tentativa deben considerarse como causas de ampliación de la tipicidad, no como simples causas de ampliación de la penalidad.

¹²⁰ Sobre las garantías jurídico-penales que comprende el sentido político del principio de legalidad, MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 114 y ss.

cuya presencia no depende la concurrencia del mismo sino únicamente su gravedad. Una equiparación que sería a todas luces indeseable porque las circunstancias modificativas simplemente adicionan datos al tipo legal al que se refieren, el cual está situado en un nivel de abstracción superior, mientras que la tentativa implica un desplazamiento del mismo. Es decir, la tentativa se encuentra en el mismo nivel de abstracción que el tipo consumado con el que se relaciona, toda vez que con ella se sustituye una tipicidad (la del delito consumado) por otra (la de la tentativa). Significa esto que las circunstancias modificativas, a diferencia de la tentativa, no son punibles por sí solas en atención a su carácter accesorio respecto del hecho típico base que complementan.

En consecuencia, cuando falta el resultado como elemento esencial del tipo consumado, el hecho sigue siendo delictivo al concurrir otro tipo, el de la tentativa. Esto se confirma con el dato de que se considera que se plantea concurso aparente de leyes cuando el hecho puede incluirse en ambos tipos, el cual se resuelve a favor del tipo consumado, en virtud del principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP). En efecto, el precepto que regula el tipo de la tentativa sólo pretende regir en defecto del que ordena el tipo consumado¹²¹. Por lo tanto, los tipos delictivos anteriores a la consumación son subsidiarios respecto el tipo consumado.

Por otro lado, si se considerara que la tentativa es penalmente atípica, no se podrían aplicar a ella las reglas atinentes al concurso de delitos de los arts. 77 y ss. CP, al referirse éstas a la forma en la que los tipos se relacionan entre sí. Asimismo no se podrían aplicar los preceptos relativos a las causas de extinción de la responsabilidad penal ya que éstas presuponen la comisión de un delito, lo que comportaría efectos político-criminales manifiestamente absurdos, como la imposibilidad de apreciar prescripción en la tentativa.

A parte de que los tipos penales cumplen una función de garantía en virtud de la que sólo son punibles las conductas en ellos descritas, desde un punto de vista político-criminal la atribución de carácter típico a la tentativa de delito refuerza la prohibición de realizar conductas potencialmente lesivas para bienes jurídicos y, por ende, las

¹²¹ Sin los preceptos legales reguladores de la tentativa, ésta no sería punible, como precisa NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible...*, pp. 24 y ss.

funciones preventivas del sistema. Esta visión es la que casa mejor con un Derecho Penal basado en la prevención de conductas potencialmente adecuadas para producir la consecuencia que se quiere evitar.

3. La tentativa de delito como figura típica

3.1. La tentativa de delito como tipo idéntico al del delito consumado

NUÑEZ BARBERO se refiere a la tentativa como delito imperfecto consistente en la realización de “un hecho típico incompleto, un hecho al que falta el resultado, o la parte final de la acción, para ser un delito consumado”¹²². La tentativa considerada en sí misma representaría de esta manera un “autónomo título de delito” sin vida propia, es decir, un grado menor de infracción de la norma principal llamada “norma incriminante especial”. Como sostiene el mencionado autor, “no existe el ‘delito de tentativa’, sino la ‘tentativa de delito’, considerada como grado menor de la violación de la norma que formula la hipótesis de la consumación”¹²³. Bajo este punto de vista, la tentativa tan sólo comportaría una extensión de la tipicidad básica o normal a través de una modificación de la misma, es decir, una parcial ejecución del delito consumado, pero no se configuraría como un tipo distinto del delito consumado¹²⁴.

Los partidarios de este punto de vista parten de que la tentativa se limita a ampliar la tipicidad del delito consumado porque en el fondo constituye un excepcional adelanto de las barreras de punición¹²⁵. Sin embargo, este supuesto carácter excepcional de la

¹²² *Ibidem.* p. 23.

¹²³ *Ibidem.* p. 25.

¹²⁴ Sostiene QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pp. 46 y ss., que los grados de imperfecta ejecución son *extensiones* de las tipicidades básicas concebidas en la Parte Especial para supuestos de ejecución perfecta. Como apunta FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 53 y ss., desde esta perspectiva la tentativa de delito sería una forma de aparición del delito constitutiva de un tipo dependiente. No sería entonces un tipo legal autónomo, sino un tipo dependiente caracterizado por su relación con un tipo legal. De esta manera la tentativa podría ser considerada como “realización o causación parcial del delito”. Vid. también CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo...*, pp. 25 y ss.

¹²⁵ Ejemplifican esta postura las palabras de NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible...*, p. 24: “la norma sobre la tentativa es una norma accesoria que amplía la esfera de aplicación de la norma primaria fundamental”.

En un sentido parecido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pp. 46 y ss., entiende que la consumación es la “infracción normal”. Según el autor, “el Código, en lugar de considerar los grados de ejecución del delito cronológicamente, desde el comienzo hasta la perfección, prefiere partir del supuesto del acto consumado, *delito tipo*, para ir descendiendo por el frustrado a los grados más inferiores del camino criminoso. Igual que las otras legislaciones, no hace sino mencionar el superior de todos, o cúspide del

tentativa no aparece suficientemente justificado. En primer lugar, porque el CP se decanta por un sistema de incriminación general de la tentativa en los tipos en los que en principio es conceptualmente posible (los dolosos). Que el legislador no haya previsto cada tipo intentado junto a cada tipo consumado de la Parte Especial responde simplemente a razones de técnica legislativa, por cuanto la opción contraria habría dado lugar a un sistema reiterativo y bastante menos ágil. También impide atribuir carácter excepcional a la tentativa la circunstancia de que todas sus modalidades punibles expresan completamente la infracción del imperativo contenido en la norma primaria desde un punto de vista *ex ante*, lo que sucede incluso con la tentativa inidónea.

Ciertamente, sin las disposiciones de la Parte General que la regulan, la tentativa sería impune (al igual que la participación o la comisión por omisión). No obstante, la regulación de la misma en la Parte General no valida, como decía, la hipótesis de que no conforma un tipo de delito distinto¹²⁶. Esta opción de técnica legislativa no predetermina la decisión que se adopte acerca de su relación estructural con el delito consumado. Con tal opción el legislador tan sólo pretende simplificar la formulación de los tipos a partir de la evidencia criminológica de que se cometen menos tentativas en relación con el delito consumado o, como mínimo, de que éstas se persiguen menos¹²⁷. Así pues, no puede concluirse que la tentativa conforma una ampliación de la tipicidad básica del delito consumado por la forma de redacción a la que se ha recurrido por motivos de técnica legislativa, al no ser ésta desde luego una exigencia del propio sistema dogmático¹²⁸.

delito, la *consumación*, entendiéndolo seguramente por ella la que en cada caso la Ley define o menciona como infracción normal”.

¹²⁶ Cfr. NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible...*, pp. 24 y ss., para quién las normas mediante las que se incrimina la tentativa son accesorias porque el delito intentado es el resultado de la combinación de una norma principal (la reguladora de la consumación) con otra de secundaria (la norma extensiva sobre la tentativa). Según él, la norma que incrimina la tentativa, dado que quedaría vacía de contenido si no se completara con la norma que prevé la consumación, ha de verse como una norma extensiva de la punibilidad.

¹²⁷ Según expone FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, p. 58, “es mucho más razonable escribir este precepto en la Parte general del Código junto a aquellas disposiciones que son aplicables a todos los delitos descritos en la Parte especial, en lugar de repetir la punición de la tentativa junto a la consumación para cada delito en particular, lo cual constituiría, sin lugar a dudas, un sistema repetitivo y falto de agilidad”.

¹²⁸ Cfr. REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, 5ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 180, para quién la tentativa es un “dispositivo legal amplificador del tipo”, es decir, un tipo penal no autónomo cuyas figuras delictivas quedan subordinadas a los tipos que le sirven de apoyo: “la ubicación autónoma de estos tipos amplificadores en la parte general de los códigos penales se explica, además, por razones de técnica legislativa; en efecto, el legislador bien hubiera podido consagrar en la parte especial, frente a cada figura delictiva la modalidad concreta de la tentativa y de la coparticipación y habrían surgido de esa manera tipos penales constitutivos de tentativa de homicidio, complicidad en el hurto,

La circunstancia determinante del inicio de la intervención penal normalmente es la producción del resultado por la pervivencia de algunas de las valoraciones y principios propios de las sistemáticas causalistas según las cuales la antijuridicidad consiste fundamentalmente en la creación de un estado no deseado por el Derecho¹²⁹. Sin embargo, en principio, no existiría óbice dogmático alguno para invertir el sistema, en el sentido de que los tipos de la Parte Especial incriminaran sólo la realización de conductas infractoras del imperativo de la norma primaria en su doble vertiente objetiva y subjetiva, quedando reservada para la Parte General la regulación de los supuestos en los que además la actuación comportara la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, en cuyo caso el merecimiento o la necesidad de pena podrían ser superiores¹³⁰. Mediante esta fórmula, como resalta MORENO-TORRES HERRERA, “una vez más habría que poner en relación los tipos de la Parte especial con el artículo de la Parte general en cuestión, para determinar así que influencia tendría el resultado previsto en dicho artículo en la determinación de la pena, sin que ello incidiera, no obstante, en el tipo de delito en cuestión, idéntico con o sin resultado. Así, en línea con lo anteriormente propuesto, la tentativa se configuraría como tipo básico y único, al cual la presencia de un resultado nada añadiría a su contenido de injusto, si bien sí afectaría a la punibilidad de la conducta”¹³¹.

Debe notarse que tanto las corrientes causalistas como la mayoría de las finalistas caracterizaron la tentativa como un delito defectuoso en su aspecto objetivo, es decir,

tentativa de estafa, complicidad en el secuestro y así sucesivamente respecto de todas las demás figuras delictivas. Este procedimiento, sin embargo, hubiera resultado demasiado prolijo y engorroso por lo casuístico; mucho más lógico y adecuado era consagrar como tipos autónomos en la parte general esos dispositivos, de tal manera que pudiesen predicarse de todos los esquemas típicos de la parte especial; y así se hizo en efecto”.

¹²⁹ Sigue esta línea MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 32: “cabe —y así se hace en esta obra— empezar exigiendo en el delito la presencia de un desvalor de resultado suficiente para que deba intervenir la valoración jurídico-penal. La delimitación de tal desvalor de resultado constituye el cometido primordial de los tipos penales. Si no concurre este desvalor de resultado típico, no estamos frente a un hecho que importe de algún modo al Derecho penal. Esto vale tanto para el delito consumado como para la tentativa, incluida la tentativa inidónea punible. Sólo cuando se comprueba la realización de un resultado típico se trata de seguir indagando si el mismo es imputable a una conducta que infrinja la correspondiente norma primaria”.

¹³⁰ En los mismos términos se expresa FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, p. 56: “en realidad hubiera sido posible, pero absurdo, que el legislador recogiera junto a cada delito consumado la punición del respectivo delito intentado, asignándole además una penalidad ya definida. En este caso, la tentativa constituiría, según la sistemática expuesta por Beling, un tipo propio o bien un tipo de delito independiente. Sin embargo, la finalidad del legislador al dividir el Código Penal en Parte General y Parte Especial no es otra que la de simplificar su redacción evitando absurdas repeticiones”.

¹³¹ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 202 y 203.

como un delito que presenta un aspecto subjetivo completo y un aspecto objetivo incompleto. Sólo algunos sectores del finalismo, al proponer una subjetivación total del injusto, llegaron a la conclusión, no sólo de que la tentativa es un delito perfecto, sino de que es el “delito por naturaleza” al no desempeñar el resultado ninguna función en la antijuridicidad. Según se ha expuesto, una conducta puede ser considerada como delictiva o no delictiva, pero de ningún modo puede ser entendida como “medio delictiva”. En esta línea, contemplar la tentativa como un “delito imperfecto” puede resultar tan arbitrario como estimar que el delito consumado es un “delito excesivo”. No puede decirse entonces que el delito consumado contiene a la tentativa, no sólo porque una misma conducta no puede ser considerada simultáneamente tentativa y consumación en un plano formal, sino también porque para que una categoría pueda comprender a otra de menor entidad es necesario que incluya todos los elementos de ésta, lo que no ocurre con la tentativa en atención a que en ella concurre un elemento ausente en la consumación: el “fracaso” del autor en su empeño por alcanzar el resultado, de modo que sólo existe tentativa cuando el resultado no sobreviene por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

La teoría causalista se vio forzada a asignar una diversa ubicación sistemática al dolo en función de si se analiza como componente de un delito consumado o intentado. Pero el reconocimiento de que en la tentativa el dolo constituye un elemento subjetivo del tipo es incoherente con los propios puntos de partida de este esquema, puesto que de esta manera no puede explicarse satisfactoriamente por qué el dolo es el primer elemento del *iter criminis*, y por lo tanto forma parte de la tipicidad de la tentativa, sin ocupar simultáneamente la misma posición preeminente en el delito consumado. Para justificar este tratamiento diferencial del dolo, los partidarios de la teoría causalista afirmaron que el delito consumado es la regla general, mientras que la tentativa se configura como una situación excepcional dentro de la teoría del delito, la cual reclama una estructura diferente, es decir, preferentemente subjetiva, y por lo tanto dotada de sus propios elementos constitutivos del injusto. Ahora bien, esta explicación no es en absoluto convincente puesto que la diferencia principal entre la tentativa y la consumación no está en el aspecto subjetivo del hecho, sino en la ausencia en la primera de un factor objetivo presente en la segunda, esto es, del resultado. Siendo esto así, no parece lógico que la imperfección objetiva achacada a la tentativa conduzca a un desplazamiento sistemático del aspecto subjetivo del delito si, en principio, el dolo es el

mismo en la tentativa que en la consumación¹³². Por otro lado, el mantenimiento del dolo como elemento de la culpabilidad, pese a que logra evitar esta trascendente contradicción sistemática de la teoría causalista, no consigue eludir los problemas que plantea el aspecto subjetivo del hecho en materia de tentativa. En esta línea, si se estima genéricamente que la intencionalidad de la conducta debe analizarse dentro de la culpabilidad, y no en el ámbito de la tipicidad, resulta imposible explicar la punibilidad de la tentativa inidónea, así como la impunidad de la tentativa irreal.

En parecidas contradicciones se vio sumida la teoría finalista, pese a que en ella el aspecto subjetivo del hecho se reconoce como un elemento perteneciente a la esfera de la tipicidad. En este sentido, en la mayoría de concepciones finalistas se estima que el análisis del delito consumado debe comenzar por el examen de la parte objetiva, mientras que en la tentativa debe comenzar por el estudio de la parte subjetiva. Así pues, el finalismo, aunque se inspire en un modelo sistemático diverso al del causalismo, en el que tanto el aspecto objetivo como el subjetivo del hecho pertenecen por igual a la tipicidad, lo cierto es que no ofrece una explicación totalmente coherente de la tentativa y la consumación, en la medida que el injusto de la primera es prominentemente subjetivo, mientras que el de la segunda es fundamentalmente objetivo. Es importante destacar que una fundamentación sin fisuras sistemáticas de la punibilidad de cualquier delito tiene como presupuesto una caracterización unitaria del tipo de injusto, en la que el análisis de la tentativa responda a los mismos parámetros utilizados para cualquier otra manifestación delictiva. Por lo tanto, también el examen de la tentativa debe empezar por la imputación objetiva.

3.2. La tentativa de delito como tipo distinto al delito consumado

Bajo este punto de vista el tipo de injusto del delito intentado es diferente del delito consumado al incorporar éste último un elemento adicional consistente en la lesión o concreta puesta del bien jurídico. No constituiría entonces la tentativa una simple ampliación de la tipicidad de los supuestos abarcados por el delito consumado, sino un tipo de delito distinto al que le falta uno de los elementos característicos de la consumación.

¹³² REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 244.

En línea con lo anteriormente expuesto, una de las razones que fundamentaría la independencia típica de la tentativa sería que en la inidónea ya se encuentran presentes todos los atributos de la conducta penalmente relevante, de modo que el carácter idóneo del intento y la propia consumación sólo añaden datos fácticos relativos, entre otros extremos, al efectivo desarrollo causal del hecho. Significa esto que el tipo objetivo de la consumación se limita a integrar determinadas consecuencias *ex post* del hecho ausentes en la tentativa. En relación con esto, no es posible inferir de la consumación ningún mandato o prohibición distinto del contenido ya en la norma primaria infringida en la tentativa. Esta circunstancia lleva a MORENO-TORRES HERRERA a afirmar que “no se trataría, por tanto, a nuestro juicio, de averiguar si el tipo de la tentativa introduce un factor que lo distancia del tipo del delito consumado, sino de valorar si el resultado que se da en el delito consumado incorpora algún elemento que nos sitúe ante dos tipos distintos: el de la tentativa y el de la consumación, o, por el contrario, el elemento diferencial que la caracteriza (resultado), en nada afecta a su configuración típica”¹³³.

Con independencia de esto, lo cierto es que en la tentativa no se realiza parcialmente el tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto que conforma un delito independiente del delito base, al no ser las fases posteriores al inicio de la ejecución y anteriores a la consumación simples formas de aparición del delito consumado¹³⁴. Esto permite considerar que las fases previas a la consumación, que son punibles, conforman tipos de imperfecta realización. Existen entonces tipos dolosos en los que lo realizado se corresponde con lo planeado por el autor (formas de delito consumadas) y otros en los que no (formas de tentativa y de actos preparatorios punibles).

En definitiva, la tentativa no es un estadio defectuoso del tipo de la consumación por cuanto en ambos casos el grado de infracción de la norma primaria a través de la conducta es el mismo¹³⁵. De esta manera al tipo de la tentativa sólo le falta el resultado efectivamente ocurrido integrado en el tipo consumado como característica esencial del mismo. Según ello, la tentativa puede configurarse como un tipo independiente a pesar

¹³³ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 204.

¹³⁴ Cfr. NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible...*, pp. 24 y ss., quién opina que la tentativa sólo adquiere relevancia típica al contactar con la norma principal de la que es un “grado menor”.

¹³⁵ Cfr. MAURACH, *Tratado II...*, pp. 175 y ss. Para el autor la tentativa supone la realización de una parte de la imagen rectora del tipo consumado y, por lo tanto, la realización parcial o incompleta de la que concibe como tipicidad básica.

de ser un tipo complejo formado por el precepto que regula el tipo consumado como tipo base concreto puesto en relación con el que castiga en abstracto la ejecución total o parcial no seguida del resultado consumativo. Bajo esta perspectiva la tentativa no sería un mudamiento respecto de una determinada clase de delito, sino que adquiriría una estructura típica propia como resultado de la suma de los preceptos que la componen. Su supuesto de hecho sería así diferente al del delito consumado, pese a formarse por referencia directa a éste.

Ciertamente, la tentativa no sería punible si no existiera una norma concreta que así lo estableciera, pero de ello no puede inferirse que se trata de una figura subordinada, puesto que el delito consumado tampoco sería punible de no existir una norma penal que lo dispusiera expresamente¹³⁶. Esto no impide reconocer que el autor de una tentativa la ejecuta con el propósito de realizar de manera integral la conducta descrita en un tipo de mayor extensión, esto es, el tipo consumado. Pero desde luego esta circunstancia no permite afirmar que la tentativa es un “dispositivo amplificador del tipo o de la pena”, en la medida que la misma cabe dentro del concepto general de injusto, de modo que no adolece de la “imperfeción” que algunos han querido achacarle. Por lo tanto, la fijación de un punto en la cadena causal que conduce al resultado en virtud del cual el delito consumado sea considerado el “delito perfecto” y la tentativa como un simple grado en la progresión criminal, no deja de resultar caprichosa. De la misma manera que no tiene sentido hablar de “delito intentado” sin la referencia al “delito consumado”, no tendría sentido hablar de un delito consumado sin un delito intentado, al igual que los “delitos de resultado” sólo pueden existir en contraposición a los “de mera actividad”, los de “lesión” en contraposición a los de “peligro”, los de “acción” en contraposición a los de “omisión”, etc. En consecuencia, lo que en puridad existe no es una relación de subordinación de la tentativa respecto de la consumación, sino una relación de interdependencia entre ambas figuras, por cuanto, sin la presencia de una, la otra no tendría razón de ser. Así las cosas, en rigor la tentativa de delito debería denominarse “delito de tentativa”, al no ser un “*quasi-delito*”, un “intento” de delito, ni un “no delito”, toda vez que la inexistencia de consumación es condición necesaria pero no suficiente para la existencia de tentativa. En última instancia refuerza la idea de que la tentativa no es ningún “*minus*”

¹³⁶ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 96.

frente al delito consumado, la circunstancia de que el legislador puede convertir en delitos consumados de peligro o de mera actividad conductas que de otro modo serían punibles como tentativa¹³⁷.

III. Fundamento de la punición de la tentativa

1. Contexto histórico

Históricamente las explicaciones que la dogmática ha ofrecido para justificar la punición de la tentativa son múltiples. Muy sintéticamente podrían dividirse en tres grandes grupos en función de si revisten carácter objetivo, subjetivo o mixto (objetivo-subjetivo). Ya a principios del siglo XIX la doctrina comprendió, singularmente a partir de las aportaciones de FEUERBACH, que el castigo de conductas que no han originado todas las circunstancias objetivas del tipo consumado afecta al núcleo de la teoría del injusto¹³⁸. Algunos de los problemas que todavía hoy suscita el fundamento de la punición de la tentativa inidónea se plantearon en ese período dominado por una visión causal-mecanicista de la antijuridicidad¹³⁹.

Anteriormente, en una concepción que arrancaba del Derecho romano, la tentativa se fundamentaba en la voluntad delictiva manifestada y, en consecuencia, el acento se situaba en la parte subjetiva del hecho¹⁴⁰. Esta tendencia fue seguida por el Derecho

¹³⁷ Cfr. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 99 y ss.

¹³⁸ En su teoría objetiva FEUERBACH parte de una concepción eminentemente naturalista del injusto, pues éste se caracteriza por la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, la cual se determina con arreglo a la relación de causalidad, lo que tiene como presupuesto la existencia real de una conducta (causa) y de un resultado o modificación del mundo exterior (efecto). En atención a que la tentativa se caracteriza por la ausencia de este resultado, en la propuesta de FEUERBACH se examina la relación de causalidad que hipotéticamente existiría entre el factor conocido (la conducta desplegada por el sujeto) y el inexistente resultado que pretendía el autor. A esta formulación se le ha objetado la imposibilidad de establecer una relación causal “hipotética” entre el comportamiento y un resultado no sobrevenido, en tanto que en ningún caso puede saberse con certeza qué hubiera sucedido de no haber existido la interrupción efectivamente acaecida. Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 12 y ss.

¹³⁹ Como resalta CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo...*, pp. 7 y ss., en la tentativa pueden darse una serie de antinomias o colisiones de intereses, principalmente entre las exigencias de justicia, seguridad jurídica y utilidad. Mientras que la utilidad exigiría una concepción subjetiva de la misma, lo que ampliaría el radio de supuestos punibles, en aras a la seguridad jurídica éstos deben restringirse para garantizar la certeza y eficacia del Derecho. Vid. también SEMINARA, *Il delitto tentato*, Ed. Giuffrè Editore, Milán, 2012, pp. 395 y ss.

¹⁴⁰ Según explica REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 32, “la idea de que el fundamento de la punibilidad de las acciones delictivas radica más en el aspecto subjetivo que en sus manifestaciones exteriores, es muy anterior a cualquier concepción objetiva, pues, al parecer, en el antiguo derecho

canónico de la baja Edad Media, con el que se contribuyó a la disolución de las diferencias entre el delito intentado y el consumado a través de la exaltación de la dimensión espiritual del delito. En cambio, FEUERBACH se esmeró en destacar la importancia de la parte externa del hecho, por influjo de las ideas de la Ilustración, entre ellas por la que exige una nítida separación entre Moral y Derecho, como garantía individual frente a la actividad estatal¹⁴¹. La teoría objetiva iniciada por este autor expresa algunas de las premisas liberales que imperaron durante la primera mitad del siglo XIX, entre ellas que el Estado es el producto de un contrato social en virtud del que cada individuo cede una parte de su libertad por razones de utilidad. Bajo este punto de vista, correspondería al Estado, en su condición de legítimo depositario y administrador de la suma de libertades cedidas, la función de garantizar la vida en comunidad de los ciudadanos. Ello obligaría a establecer una separación segura y previsible entre la esfera de poder del Estado y la de los individuos, de lo que se dedujo que la vulneración del Derecho sólo podía consistir en una lesión objetivo-externa de alguno de los intereses individuales que éste protege.

Esta preocupación por evitar un Derecho Penal de la voluntad comportó que en la antijuridicidad sólo se valoraran circunstancias objetivo-externas del hecho y, correlativamente, que las subjetivas quedaran reservadas para la culpabilidad¹⁴². En coherencia con ello, se entendió que el delito consumado era el supuesto general y ordinario de hecho punible. La tentativa, al tener carácter excepcional, se fundamentó en la peligrosidad objetiva del acto, pero observada como efectiva adecuación causal en relación con el delito que se pretendía cometer, como posibilidad real –no hipotética– de lesión¹⁴³.

romano no se sancionaban los hechos como tales, sino que la pena estaba referida a la mala intención del autor”.

¹⁴¹ Sobre el origen histórico de la formación de un concepto propiamente liberal de delito, dentro del proceso de progresiva humanización del Derecho Penal, REYES ECHANDÍA, *La tipicidad...*, pp. 16 y ss.

¹⁴² En efecto, el positivismo intentó delimitar la antijuridicidad de la culpabilidad mediante la confrontación entre la parte objetiva y la subjetiva del hecho. La antijuridicidad se refería exclusivamente a las circunstancias objetivo-externas, mientras que las subjetivo-internas se integraban en la culpabilidad. La introducción de circunstancias subjetivo-internas en el injusto supuso un punto de inflexión respecto a la tradición causalista. Algunos de los factores que explican este cambio se relacionan con la constatación de que el injusto de la tentativa no puede completarse sin la voluntad de realizar el hecho delictivo. Sobre estos extremos, CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 26 y ss.

¹⁴³ La difusión de las teorías exclusivamente objetivas se explica por su coherencia con las sistemáticas causalistas, cuyo origen cabe situar en el positivismo científico. Así pues, en estas teorías la conducta delictiva se concibe naturalísticamente como movimiento corporal mediante el que se produce un cambio en el mundo sensible en virtud de una determinada relación causal. La antijuridicidad se limita de esta

El fin de la hegemonía de la teoría objetiva iniciada por FEUERBACH coincide con la entrada en vigor del Código Penal del Imperio alemán de 1871 y con la primera edición en 1881 del *Lehrbuch* de VON LISZT, quien, pese a partir de una concepción naturalista y por lo tanto causal del delito, resalta la idea de adecuación como juicio hipotético de naturaleza señaladamente normativa¹⁴⁴. El proceso de declive de las teorías objetivas de carácter causalista se consolida a mediados del siglo XX con el auge del discurso finalista, según el cual el Derecho Penal no puede estar interesado únicamente en las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, por cuanto ello conduciría a concebir el ser humano como una simple fuente de riesgos, y por ende a su cosificación. De acuerdo con esta premisa, en el finalismo se resta importancia al desvalor de resultado, de modo que algunas de sus corrientes facilitaron el retorno a visiones preeminentemente subjetivas de la tentativa en virtud de las que se admitía la punición de hechos que no se habían manifestado peligrosos para bienes jurídicos. Algunos de estos sectores llegaron incluso a advocar por el castigo de toda voluntad contraria a Derecho manifestada externamente, al entender suficiente para estos efectos la creencia del autor de que con su conducta podía realizar el resultado del tipo consumado, por más que la realidad en la que ésta se desenvuelve indicara lo contrario. En este sentido, debido a la escasa o nula importancia que conceden al resultado, cuya presencia sería fundamentalmente producto del azar, algunas de las concepciones finalistas abogaron por eliminar toda distinción entre tentativa y consumación, y por considerar innecesaria la diferenciación entre tentativa idónea e inidónea, sobre la base de que el eje del injusto penal debía ser el desvalor subjetivo-interno de la conducta.

Sentado lo anterior, en el origen de la discusión sobre el fundamento de la punición de la tentativa es posible identificar dos posturas contrapuestas: una de carácter exclusivamente objetivo, en la que el juicio de desaprobación se basa en la efectiva posibilidad de lesión; y otra de carácter exclusivamente subjetivo, en la que la punición

manera a la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico-penal. Al respecto, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 7 y ss.

¹⁴⁴ No obstante, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Tomo segundo* (trad. Quintiliano Saldaña), 2ª ed., Ed. Editorial Reus, Madrid, pp. 288 y ss., explicita en su posicionamiento que todo delito comporta un resultado, como transformación del mundo exterior, por lo que según él las infracciones de mera actividad formarían parte del Derecho Administrativo sancionador (en su nomenclatura, “Derecho de policía”).

de la tentativa se fundamenta en la voluntad delictiva manifestada externamente¹⁴⁵. A pesar del antagonismo existente entre las opciones más radicales, la evolución del debate propició un acercamiento entre las posturas exclusivamente objetivas y subjetivas, de modo que en la actualidad toda la doctrina sostiene sin excepción una concepción mixta (objetivo-subjetiva) del tipo de la tentativa. Esta búsqueda de soluciones de síntesis vino alentada por el carácter político-criminalmente insatisfactorio de las posiciones extremas¹⁴⁶.

Como señala FARRÉ TREPAT, “sería erróneo pensar que la polémica que durante estos años han llevado a cabo la doctrina y la jurisprudencia ha sido infructuosa. Por el contrario, se observa que la discusión no puede plantearse actualmente en los términos en que se planteaba en sus inicios. Es fundamental en el análisis de este proceso poner de manifiesto que ha tenido lugar un progresivo acercamiento de los puntos de vista que se mantenían inicialmente, de forma que las posiciones extremas, que se negaban a conceder relevancia a los puntos de vista contrarios, y que parecían, por consiguiente, irreconciliables, han sido casi totalmente abandonadas. En su lugar, se advierte en la doctrina actual un predominio de posiciones intermedias o mixtas, que surgen de la combinación de ambos puntos de vista. Los términos ‘objetivo’ y ‘subjetivo’ han adquirido otras connotaciones, de forma que la clasificación actual de una teoría como objetiva o subjetiva no supone que en la misma dejen de tenerse en cuenta puntos de vista de la posición contraria, sino, más bien, se acentúa uno u otro aspecto dándole mayor predominio”¹⁴⁷.

Estas fundamentaciones objetivo-subjetivas del injusto de la tentativa van en sintonía con las concepciones del injusto penal actualmente predominantes, por cuanto en ellas la antijuridicidad se articula como un juicio inter-subjetivo de desaprobación sobre aspectos objetivo-externos y subjetivo-internos del hecho. Asimismo, casan con los

¹⁴⁵ En cierta medida, en la discusión acerca del fundamento de la punición de la tentativa se reproducen las discrepancias entre los sistemas dogmáticos naturalistas y normativos, como observa REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17 y ss.

¹⁴⁶ Según expone SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, p. 94 y ss., para los partidarios de incluir el desvalor de resultado en el ilícito, la menor punición de la tentativa acabada respecto de la consumación se justifica por el menor contenido de injusto de la primera. Por el contrario, de entenderse que el injusto se agota en el desvalor de la conducta, el injusto de la tentativa acabada debe identificarse con el injusto del delito consumado.

¹⁴⁷ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, p. 39.

actuales modelos sistemáticos que, abandonando un plano estrictamente ontológico, aspiran a fundamentar el injusto de la tentativa desde un punto de vista estrictamente normativo o valorativo. En esta línea, el recurso a importantes conceptos valorativos, como el de peligrosidad de la conducta, y por lo tanto a referencias ajenas al mundo de lo natural, contribuye a superar las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, las cuales responden por igual a una estructura naturalística del hecho punible, al edificarse fundamentalmente sobre conceptos ontológicos como la relación de causalidad o la intencionalidad del comportamiento.

Según se verá en la exposición que sigue, tanto las teorías objetivas como las subjetivas recurren en mayor o menor medida a un juicio de peligrosidad, si bien difieren en cuanto al objeto del mismo: mientras que los objetivistas refieren la peligrosidad al hecho, los subjetivistas la vinculan a la intención o personalidad del autor. Esta referencia a la parte intelectual del comportamiento se presentó como una de las principales ventajas de las concepciones subjetivas, al demostrar que éstas no desconocen el relevante componente subjetivo de la tentativa, como se reprochó a las antiguas teorías objetivas¹⁴⁸. Ahora bien, una concepción subjetiva de la tentativa sin ningún correctivo objetivo conduce necesariamente a punir la simple intención criminal, con la consiguiente violación del antiguo apotegma *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁴⁹. El panorama resultante es que las críticas dirigidas a las teorías objetivas muestran la imposibilidad de analizar el comportamiento humano sin ninguna referencia al factor psíquico que siempre lo precede; mientras que respecto de las tesis subjetivas debe censurarse que, más allá de la mera activación del pensamiento, el injusto penal requiere la existencia de un peligro objetivo para el bien jurídico protegido por el correspondiente delito. Las objeciones formuladas a cada una de estas teorías aconsejan reconocer algo que éstas sólo admiten de forma encubierta, esto es, que para la explicación de la tentativa es necesario recurrir tanto a elementos objetivos como subjetivos. Por otro lado, resulta también indispensable elaborar una concepción valorativa de la tentativa, puesto que al Derecho Penal no le interesan necesariamente todas las conductas intencionadamente encaminadas a la comisión de un delito que

¹⁴⁸ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 32 y ss.

¹⁴⁹ Conforme a este principio, procedente del Derecho Romano, la fase de deliberación interna queda excluida del concepto de tentativa, por lo que ésta precisa la realización de actos externos dirigidos a la realización del delito. Sobre ello, DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 5 y ss.

pongan en peligro el bien jurídico-penal tutelado por el mismo, sino que además ese peligro no debe ser penalmente insignificante, es decir, su evitación debe entrar dentro de las finalidades de protección del tipo penal que se pretende aplicar. Esto evidencia que la punibilidad de la tentativa debe fundamentarse a partir de nociones pertenecientes al mundo social o jurídico, de modo que el factor naturalístico intrínseco a todo comportamiento humano no sólo debe ser descrito con arreglo a criterios empíricos, sino que también debe ser valorado a nivel metafísico.

Ciertamente, para establecer si una conducta interesa al Derecho Penal, ya sea como delito consumado o como modalidad de tentativa, debe partirse de una realidad ontológica, esto es, de la conducta como fenómeno naturalístico, integrado por componentes objetivos y subjetivos. Ahora bien, la importancia de este fenómeno para el Derecho Penal surge de su componente normativo, cuando puede ser valorado como una indebida forma de ataque a un bien jurídico. No es posible averiguar cuándo una conducta es de interés para el Derecho Penal simplemente a partir de la utilización de nociones ontológicas como las de causalidad o intencionalidad¹⁵⁰, por lo que debe recurrirse a mecanismos valorativos que permitan captar sus connotaciones sociales más allá de la mera modificación intencional del mundo exterior. En efecto, los comportamientos aislados sólo adquieren relevancia para el Derecho cuando pueden ser ubicados dentro de un contexto social, lo que obliga a introducir una dimensión valorativa en el método dogmático. Esto significa que deben permanecer al margen del Derecho Penal los comportamientos que no trascienden el ámbito puramente interno del individuo o, más atinadamente, los comportamientos que no afectan suficientemente a terceros¹⁵¹. Este criterio sirve también para delimitar el área de interés del Derecho Penal en relación con los delitos de peligro abstracto. Así las cosas, todo injusto penal puede identificarse en general como una usurpación de la libertad ajena, al destruirla o disminuirla mediante una ampliación socialmente no aceptada de la propia esfera de libertad.

¹⁵⁰ Tanto la causalidad como la intencionalidad son afirmaciones fácticas que pueden ser probadas, pero no fundamentadas; por ello deben ser reconocidas ante los Tribunales como proposiciones demostrables. Por lo demás, más allá del criterio del sentido empírico, y a diferencia de lo que declararon los positivistas, también tienen sentido las afirmaciones para las cuales no es posible ofrecer un método básico de prueba, pues en dogmática también se pretende reflexionar sobre axiomas no inherentemente contrastables en la realidad física. Desarrolla todo esto, PUPPE, ‘‘Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica’’, en *InDret*, nº 3, 2013, p. 6.

¹⁵¹ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 67.

Para discernir los comportamientos que invaden ilegítimamente ámbitos de libertad ajena de aquellos que sólo incumben a quien los desarrolla, es necesario recurrir a la teoría de la imputación objetiva, con independencia de que se esté delante de un delito consumado o intentado. En este sentido, en el juicio de imputación objetiva se valora si la conducta entra dentro de los márgenes de riesgo permitido o si, por el contrario, crea un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Esta primera valoración, a realizar dentro del proceso de imputación objetiva, evidencia que no todas las actividades sociales que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos motivan una reacción penal, sino que sólo pueden hacerlo aquellas en relación con las cuales se ha considerado socialmente que no pueden ser penalmente toleradas. Según ello, frente a cualquier delito lo determinante no es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino la realización de una conducta que constituye una indebida forma de ataque contra un bien jurídico por haber sido llevada a cabo fuera de los márgenes de riesgo permitido, lo que evidentemente no puede ser interpretado como un requisito fáctico del tipo de injusto, sino como un elemento normativo o material del mismo¹⁵². Expresado en otros términos, esta normativización del injusto penal implica que la decisión acerca de si un comportamiento entraña o no un riesgo jurídico-penalmente desaprobado no dependa de aspectos ontológicos, sino de criterios valorativos, en concreto de si la concreta actuación realizada por el autor se corresponde con aquella que le era exigible en el marco de un rol social específico, es decir, de si adecuó su actividad a los deberes de conducta que le vinculaban en el ámbito de interacción social de que se trate. En caso de haber cumplido con estos deberes, la conducta, aun cuando genere un riesgo de lesión del bien jurídico, debe quedar al margen del Derecho Penal al ser una manifestación del riesgo permitido¹⁵³. Esta es la conclusión a la que se llega si se admite que la imputación objetiva se fundamenta en el riesgo jurídico-penalmente desaprobado que deriva de la infracción de un deber de conducta surgido del ejercicio de un determinado rol social.

¹⁵² *Ibidem*. p. 69.

¹⁵³ Un sector de la doctrina española entiende que habría que acabar con el sistema de incriminación genérica y abierta de la tentativa, de modo análogo a lo que se hizo con la comisión imprudente a partir del CP de 1995. A favor de esta opción, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 78 y ss.

Sentado lo anterior, todo delito se fundamenta en la intromisión del sujeto en esferas ajenas de libertad, es decir, en la relevancia comunicativa de la conducta desde una óptica social por su peligrosidad para bienes jurídico-penales. En esta línea, la tentativa inidónea es punible porque, desde una perspectiva *ex ante*, puede ser considerada una actuación apta para conseguir la pretendida lesión del bien jurídico desde un prisma probabilístico, aunque después se demuestre que la conducta recayó sobre una incorrecta configuración de la realidad. Como se expondrá más adelante, tanto las tentativas idóneas como las inidóneas, desde una perspectiva *ex post* se revelan incapaces de lesionar el bien jurídico, mientras que desde un punto de vista *ex ante* ambas evidencian la puesta en peligro del mismo, lo que justifica su punibilidad¹⁵⁴. Por lo tanto, lo que fundamenta la impunidad de la tentativa irreal es que en ella la incorrecta configuración de la realidad en la que incurre el autor sería *ex ante* advertible para un espectador objetivo. En consecuencia, lo determinante para estos efectos es si el autor se representó la realidad como de él se esperaba, de modo que la calificación de una tentativa como irreal o punible puede variar en función de si éste dispone o no de conocimientos especiales. Cuantos más conocimientos especiales tenga el autor, en principio más fácil será que surja a la vida jurídica la tentativa punible. P.ej., si con intención de matar un sujeto se esconde detrás de una puerta para dar un susto a otro, la tentativa puede considerarse irreal. En cambio, si en el mismo supuesto el autor sabe que la víctima es propensa a padecer infartos, la tentativa podría ser punible en la modalidad de idónea o inidónea.

2. Teorías exclusivamente objetivas

2.1. Teorías objetivo-materiales

¹⁵⁴ Como expone HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, p. 18, “en última instancia, los partidarios de la doctrina de la imputación objetiva, sobre todo a partir de consideraciones de teoría de las normas, entienden que están autorizados a limitar la responsabilidad penal en la forma que proponen: dado que las normas de comportamiento dirigidas al autor se conciben primariamente como *normas de determinación*, cuya función consiste en guiar los comportamientos de los sometidos a la norma, se concluye que las normas de comportamiento solo pueden vincularse a los datos accesibles al autor en el momento de su actuar. De lo contrario, sostiene, al destinatario de la norma no le es *posible decidir* si infringe la norma de comportamiento o no, con la consecuencia de que las normas de comportamiento no pueden cumplir su función de motivar a los destinatarios de la norma a un actuar conforme a Derecho”.

Todas las teorías objetivas, tanto las materiales como las formales, fundamentan el juicio de desaprobación, a realizar en sede de antijuridicidad, exclusivamente en el aspecto objetivo-externo del hecho y, por lo tanto, el aspecto subjetivo-interno sólo despliega efectos en la culpabilidad¹⁵⁵. Con esta pretensión se aspiraba a que el carácter penalmente injusto de la tentativa no dependiera del punto de vista del autor. Según se ha apuntado, FEUERBACH fue el precursor de la llamada “antigua teoría objetiva” o “antigua teoría del peligro”, en la que la punición de la tentativa se fundamentaba en la objetiva adecuación causal de la conducta para producir el resultado¹⁵⁶. El autor examina esta idoneidad del acto a partir del conjunto de datos sobre el hecho que efectivamente habían tenido alguna eficacia causal en la producción del mismo, con independencia de si eran cognoscibles en el momento de actuar. Esta observación del hecho desde una perspectiva temporal posterior a su realización (*ex post factum*) es justamente lo que conferiría a la tentativa carácter excepcional respecto del delito consumado¹⁵⁷.

Al condicionarse la punibilidad al efectivo desarrollo causal del hecho, se entendía que para hablar de delito, al menos era necesaria la producción de un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico. No causarían este resultado las conductas que desde un primer momento no podían lesionar el bien jurídico según las circunstancias efectivamente concurrentes (no sólo las advertibles *ex ante*). Esta postura lleva a defender la impunidad de todas las conductas en las que con posterioridad a su realización se demuestra que eran causalmente incapaces de alcanzar el resultado consumativo¹⁵⁸. Y en las que, en consecuencia, la indemnidad del bien jurídico en ningún momento ha estado amenazada por ausencia de riesgo efectivo. Se excluye así la punibilidad de la tentativa inidónea, que se caracteriza justamente por ser totalmente inocua para el bien jurídico desde una perspectiva posterior a la realización de la conducta al no ponerlo ni siquiera en una situación de concreto peligro. Sin embargo, como se razonará más adelante, también la tentativa idónea es causalmente inadecuada para producir el resultado, en tanto que en el caso concreto el intento fracasa.

¹⁵⁵ Las teorías exclusivamente objetivas, al basarse en la causalidad, exigen la presencia de un daño social, el cual no se produce en la tentativa inidónea, a juicio de BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 267 y ss.

¹⁵⁶ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 3 y ss.

¹⁵⁷ Vid. REYES ECHANDÍA, *La tipicidad...*, pp. 182 y ss.

¹⁵⁸ Vid. CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito* (trad. Romero Girón), Ed. Analecta, Pamplona, 1926, pp. 112 y ss.

Según se ha indicado, la exigencia en este modelo de que la lesión del Derecho sólo consista en la lesión o concreta puesta en peligro de alguno de los intereses pertenecientes al individuo se extrae de varias premisas políticas, entre ellas la relativa a que la función del Estado consiste en garantizar la vida en comunidad sin inmiscuirse en la esfera de libertad individual¹⁵⁹. La intervención estatal únicamente sería legítima cuando se ha producido un daño al bien jurídico en el caso concreto como producto de un determinado acontecer externo. En caso contrario, de valorarse en el injusto circunstancias subjetivas del hecho, se estima que se produciría una confusión entre Derecho y Moral cuyos objetos son, respectivamente, la esfera externa e interna del individuo¹⁶⁰.

Una de las razones del abandono de este planteamiento es que una visión exclusivamente causalista del injusto no permite aprehender el contenido de desvalor del hecho. Asimismo, sin prestar atención a la voluntad que guía la conducta es imposible determinar qué realización típica abarca el dolo (p.ej., en el caso del sujeto que apunta a otro con una pistola, no puede saberse si comete un delito de amenazas, una tentativa de homicidio o una tentativa de lesiones). Por lo tanto, la determinación del contenido exacto de injusto de la tentativa tan sólo es posible a través del conocimiento de la voluntad del autor.

Al faltar en el delito intentado el resultado propio del tipo consumado, la simple observación externa del hecho en términos de causalidad resulta particularmente insuficiente para captar su objetivo contenido de injusto. Por otro lado, no cabe hablar de efectiva relación de causalidad cuando el resultado no se ha producido, habida cuenta de que no es posible vincular dos fenómenos en un plano empírico cuando uno de ellos

¹⁵⁹ Cuando entra en la sociedad civil, el hombre dispondría de una serie de derechos y obligaciones al adquirir la condición de ciudadano. En la sociedad civil organizada en Estado deberían regir las garantías jurídicas establecidas para permitir el desarrollo individual. Describe esta concepción REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, p. 22: “para que se pueda hablar de Estado y de Derecho son necesarios tres contratos. A través del contrato de la ciudadanía y ‘mediante la razón se unen las fuerzas de todos para la salvaguardia de la libertad recíproca’. A través del contrato de sumisión, mediante el cual la persona autónoma se somete a una voluntad general, y a través de la Constitución, ‘la sociedad civil se convierte en Estado, esto es, en una sociedad civil organizada y, por tanto, en una institución en la cual existe el buscado estado jurídico, la plena salvaguardia de la libertad recíproca’”.

¹⁶⁰ Se entendía que el delito consumado era la forma normal de aparición del delito, al representar el injusto en su plenitud, y por lo tanto no precisar ningún precepto de la Parte General que lo regule. Refiriéndose a ello, DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 20 y ss.

no ha tenido lugar al no existir como realidad histórica. A favor de valorar la peligrosidad del hecho en un plano hipotético anterior al mismo, otros sectores rechazaron la opción de fundamentar el injusto de la tentativa desde una perspectiva estrictamente causal posterior al hecho, y en consecuencia postularon la necesidad de determinar también lo que *ex ante* podría haber ocurrido (no sólo lo efectivamente ocurrido)¹⁶¹. El fundamento material del injusto de la tentativa podría radicar entonces en la circunstancia de que la conducta tenía suficiente potencialidad lesiva para causar el resultado según una abstracción de las características del hecho, aunque no cause efectivamente el resultado de lesión o concreta puesta en peligro del delito consumado.

VON LISZT comprendió que, si se observa con posterioridad a su realización, ninguna tentativa es peligrosa y, por consiguiente, que en ella la adecuación de la conducta debe apreciarse *ex ante* a partir de un pronóstico sobre lo que podría haber ocurrido, de acuerdo con las circunstancias generalmente cognoscibles o sólo conocidas por el autor¹⁶². Se realiza así un pronóstico sobre la previsibilidad de producción del resultado del delito consumado sin tener en cuenta las circunstancias que se han puesto de manifiesto con el posterior desarrollo causal de los acontecimientos, en caso de que éstas no fueran advertibles en el momento de emprender el intento por el autor ni por un espectador objetivo colocado en su posición¹⁶³. De este modo para la emisión del juicio de peligro sería necesario remontarse al momento de la ejecución mediante un análisis retrospectivo del hecho y, en consecuencia, únicamente podrían calificarse de tentativas peligrosas – y por ende punibles – aquellas en las que la conducta apareciera como adecuada para producir el resultado del delito consumado según un espectador objetivo situado en la posición del autor en el momento de actuar.

Estos postulados acerca del juicio sobre la peligrosidad de la conducta han sido posteriormente desarrollados mediante la llamada teoría de la adecuación¹⁶⁴. La mayoría

¹⁶¹ Como señala SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 94 y ss., desde un punto de vista *ex post* el resultado causado por la conducta es susceptible de ser constatado o descrito, mientras que desde un prisma *ex ante* la posibilidad de que el mismo se produzca sólo puede ser pronosticada mediante una previsión sobre lo que puede suceder.

¹⁶² VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Tomo tercero* (trad. Quintiliano Saldaña), Ed. Editorial Reus, Madrid, pp. 25 y ss.

¹⁶³ ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 192 y ss.; SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 823 y ss.

¹⁶⁴ De este modo se empezaron a revisar las antiguas teorías objetivas en virtud de las que el peligro debía determinarse desde una perspectiva posterior al hecho. Dentro de este proceso resultaron significativas las aportaciones de VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Tomo segundo...*, p. 289, según las cuales una

de sus partidarios entienden que no basta con la mera posibilidad de producción del resultado típico, sino que ésta ha de ser además seria, en el sentido de probable¹⁶⁵. De esta manera la idoneidad de la conducta en relación con el resultado típico del delito consumado se valora a través de su observación, no en el caso concreto, sino de forma genérica mediante una abstracción de algunas de las características de la misma que se estiman relevantes¹⁶⁶. Se llega así a la conclusión de que puede resultar penalmente injusta cualquier tentativa que presente una determinada aptitud inicial para producir la consumación. Ello sólo es posible si el peligro para el bien jurídico se configura como una característica abstracta del acto, no como un atributo del resultado como concreta puesta en peligro del interés protegido. Con esto se pone de manifiesto el tránsito del juicio de adecuación del campo de la causalidad al sustrato normativo de la parte objetiva del injusto¹⁶⁷.

Se quiere significar con ello que, en una concepción naturalista del delito de carácter objetivo, se concita el problema de que en la tentativa no se consigue la modificación del mundo exterior pretendida, de modo que una conexión causal hipotética sólo puede elaborarse desde una perspectiva *ex ante*, es decir, antes de que aparezca el resultado. De efectuarse en el ámbito de la tentativa una evaluación *ex post* de la relación causal, la conclusión debe ser que la conducta desplegada no estaba en conexión con el resultado, puesto que en el caso concreto esté no llegó a ocurrir. Es decir, el

conducta es peligrosa cuando un hombre juicioso con los conocimientos del autor y adicionalmente los de un espectador atento, en el momento del hecho, hubiese considerado la consumación como no improbable. De este modo se intentó apartar la causalidad imprevisible del injusto. Vid. REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 28 y ss.

¹⁶⁵ Las teorías exclusivamente objetivas se ven obligadas a recurrir a una abstracción a partir de la que extraer una hipótesis sobre lo que en general podía haber ocurrido en atención a que toda tentativa considerada *ex post* se revela como una relación causal inidónea para la producción del resultado. *Ibidem* p. 25 y ss.

¹⁶⁶ Un sector de la doctrina estimó que la teoría de la imputación objetiva no era válida para la tentativa, puesto que en ésta el peligro advertido *ex ante* no se realiza en el resultado. No obstante, el juicio de previsibilidad puede realizarse en cuanto tal con independencia de la concurrencia o no del resultado del tipo consumado. La concurrencia de éste no tiene por qué indicar una mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta. Un comportamiento que no produce el resultado del delito consumado puede aparecer *ex ante* como más peligroso que otra que sí lo causa. Esto es así porque en la producción del resultado intervienen factores imputables al azar *ex ante* no cognoscibles. Sobre este punto, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 196 y ss.

¹⁶⁷ Las teorías acerca de la fundamentación de la tentativa exclusivamente objetivas relacionan el carácter injusto del hecho con el carácter socialmente dañoso del mismo. Desde esta perspectiva la “objetividad” se entiende como transformación empírico-real del mundo exterior.

De asimilarse la estructura de la tentativa punible a la de los delitos de peligro concreto, no sería posible castigar la tentativa inidónea. Sin embargo, la no concurrencia efectiva del objeto, del medio o del sujeto puede deberse a una mera casualidad *ex ante* no predecible. Por lo tanto, desde esta perspectiva la existencia o no del injusto dependería en última instancia del azar. Desarrollando estas consideraciones, REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 17 y ss.

comportamiento no podría ser considerado peligroso para el bien jurídico, al no tener ninguna posibilidad de lesionarlo. Desde esta perspectiva incluso habría dificultades para concebir la propia idea de tentativa, por cuanto podría decirse que lo que es imposible de consumar es también imposible de comenzar a ejecutarse¹⁶⁸.

Si en la tentativa no se consigue el propósito criminal es porque el comportamiento efectivamente desplegado por el autor no es causalmente apto para producir el resultado, por lo que en el caso concreto – es decir, desde un punto de vista *ex post* – la conducta no representaba ningún peligro para el bien jurídico. Renunciar a la comprobación de una relación causal efectiva (*ex post*) en favor de una relación causal hipotética (*ex ante*) implica sustituir el concepto de certeza por el de probabilidad en este ámbito¹⁶⁹. En este sentido, sólo una utilización probabilística de la causalidad permite formular pronósticos sobre los resultados futuros a los que puede conducir una determinada conducta, lo que lleva a la conclusión de que la existencia de una relación causal así configurada no es un elemento exclusivo de los llamados delitos de acción consumados y de resultado, sino que su estudio también debe abordarse respecto de los tipos de omisión, de tentativa y de peligro. Por lo tanto, desde una óptica causal, la única diferencia entre los delitos de resultado consumados y el resto de manifestaciones delictivas sería que en los primeros no basta con una determinación de la relación causal bajo criterios hipotéticos (*ex ante*), sino que además dicha relación debe establecerse con arreglo a parámetros naturalísticos o efectivos (*ex post*). Así pues, la relación causal común a todo delito es la hipotética, en el sentido de constituir una relación entre dos eventos “incierto” al establecerse en términos probabilísticos.

Como se ha dicho, si la causalidad se determina de acuerdo con un juicio de certeza, y por consiguiente desde una perspectiva *ex post*, todas las tentativas han de considerarse carentes de peligrosidad. Ante esta situación, la doctrina se vio forzada a reemplazar un examen del hecho de “delante hacia atrás” por otro de “atrás hacia adelante”, en cuyo

¹⁶⁸ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 133.

¹⁶⁹ Como expone REYES ALVARADO, “una causalidad edificada sobre la noción de certeza significa que cada vez que se presente una causa, ella conducirá de manera indefectible a un resultado previamente conocido. Pero si fuera cierto que unas mismas causas llevarán siempre a idénticos resultados, el universo permanecería estático y sin posibilidades de evolucionar, porque todas las causas imaginables llevarían siempre a los mismos resultados y ello mantendría al cosmos funcionando de igual manera desde sus orígenes. Son las variaciones que pueden conseguirse en las relaciones causales las que explican no sólo la evolución del universo en términos globales y de las especies en términos más concretos, sino en general todo avance científico”. *Ibidem* p. 16.

caso sí es posible analizar la existencia de peligro en el momento mismo de la conducta, es decir, en el instante en el que puede emitirse un pronóstico posterior objetivo – en base a una perspectiva *ex ante* y recurriendo a la figura de un espectador objetivo – sobre la adecuación del comportamiento para producir el resultado que la norma trata de evitar. Todo esto permite intuir que el fundamento objetivo de la punibilidad de la tentativa – y por ende de los delitos de peligro – radica en la abstracta peligrosidad de la conducta porque, aunque en el caso concreto no haya alcanzado el resultado, según la experiencia era susceptible de provocarlo en el momento en el que se realizó. Por lo tanto, el peligro de producción del resultado que fundamenta la reacción penal debe ser fijado de acuerdo con una apreciación estadística del mismo. Esto marca el grado máximo de abstracción al que puede someterse el juicio de peligro.

2.2. Teorías objetivo-formales

Históricamente las teorías objetivo-formales también han sido utilizadas para descartar la punibilidad de la tentativa inidónea. Entre ellas destaca la elaborada por BINDING, quién también consideró que la tentativa de delito tan sólo es punible cuando puede producir la consumación, según la efectiva conexión causal de la conducta con el resultado. Llega este autor a las mismas conclusiones que las teorías objetivo-materiales basadas en una desaprobación de la situación de riesgo en la que efectivamente se ha colocado el bien jurídico, si bien él las justifica a partir de la estructura formal de los tipos. Por lo tanto, en BINDING lo significativo no es tanto la producción de un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico en sí misma considerada, sino la posibilidad de realización formal del tipo como posibilidad de consumación¹⁷⁰.

Para valorar la capacidad de la conducta para realizar formalmente el tipo se tienen en cuenta todas las circunstancias del caso efectivamente concurrentes, con independencia

¹⁷⁰ Según BINDING las normas son “prohibiciones de causación”. Si no se llega a la “causación total”, pero ha comenzado a producirse el delito, estamos ante una “causación parcial”, ante un delito parcial. Según el autor ello conforma el concepto de tentativa. Sin embargo, bajo su punto de vista sólo están prohibidas las acciones idóneas para producir el resultado. El hecho se enjuicia entonces desde una perspectiva *ex post* y, por lo tanto, la conducta se contempla estáticamente como una acumulación de circunstancias con eficacia causal aisladas entre sí.

Al imponerse una contemplación *ex post* del hecho, el autor debe conocer todas las circunstancias que condicionan el acaecimiento del resultado. Ello porque el destinatario de las normas en la concepción de BINDING es un individuo con un conocimiento universal y completo de la realidad. Vid. ALCÁZER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 157 y ss.

de si podían ser *ex ante* percibidas. El injusto de la tentativa se acaba fundamentando entonces en la realización de una conducta causalmente adecuada para producir el resultado del delito consumado desde un punto de vista *ex post*, esto es, en la efectiva idoneidad del acto. Así pues, las conductas que no aparecen como causalmente capaces de consumación de acuerdo con todas las circunstancias del hecho efectivamente concurrentes deben quedar impunes, al consistir en una mera realización parcial de un tipo intentado. Por consiguiente, toda tentativa punible debe comportar un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito consumado.

Por otro lado, la teoría de la ausencia de tipo, que alcanzó mayor difusión tanto en Alemania como en España, condiciona el concepto de tentativa a la concurrencia de todas las circunstancias del tipo de la consumación excepto el resultado. En consecuencia, si desde el inicio de la ejecución falta algún otro elemento del tipo consumado a parte del resultado, el hecho debería permanecer impune. Se dice entonces que para la existencia de tentativa punible lo único que puede faltar es la producción del resultado, como circunstancia del hecho que hubiera dado lugar a la consumación. En concreto, la relación causal entre la conducta y el resultado. Cuando falte algún otro elemento esencial del tipo consumado distinto del resultado, no habría tentativa por falta de tipo. Se aspiró así a distinguir la tentativa punible de la tentativa impune por ausencia de tipo¹⁷¹. A parte de las críticas expuestas a propósito de las teorías objetivo-materiales, pude objetarse a las objetivo-formales la ausencia en ellas de una fundamentación material de la tentativa, de las razones sustantivas que conducen a su punición, al limitarse a explicarla sólo desde una perspectiva estructural.

3. Teorías exclusivamente subjetivas

3.1. Teoría subjetiva basada en la voluntad delictiva exteriorizada

¹⁷¹ En la teoría de la ausencia de tipo la tentativa se define como la realización de una conducta tras la que no se produce la consumación. La falta de consumación puede proceder de la ausencia de resultado o de cualquier otra circunstancia del tipo objetivo. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 148 y ss.

Esta teoría, a pesar de resaltar la importancia de la realización del tipo frente a las teorías objetivo-materiales basadas en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, no ofrece ningún criterio material para explicar la punibilidad de la tentativa. Se muestra partidario de esta observación, REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 41 y ss.

En todas las teorías subjetivas el contenido de injusto de la tentativa punible se explica sólo a partir de una observación de la vertiente subjetivo-interna del hecho, al margen de cualquier consideración acerca de su dimensión objetivo-externa¹⁷². En la teoría subjetiva basada en la voluntad delictiva exteriorizada, surgida a finales del siglo XIX a partir de las aportaciones de VON BURI¹⁷³, el objeto del juicio de desaprobación de la tentativa se articula alrededor de la existencia de una voluntad contraria a Derecho manifestada externamente, es decir, de la objetivación de una determinada intención delictiva mediante una conducta final. Según esto, los parámetros de fundamentación del delito intentado serían los mismos que los del delito consumado, habida cuenta de que en ambos casos el injusto únicamente dependería de la infracción de una norma de comportamiento mediante una voluntad contraria a Derecho manifestada en el mundo sensible. Con ello no podría distinguirse entre tentativa y consumación a nivel de su grado de injusto, ni entre tentativa idónea e inidónea. Asimismo, si bastara con la simple manifestación objetiva de la intención del autor de cometer el delito, como voluntad contraria a Derecho, resultaría punible la mera infracción de la norma penal desde el punto de vista del autor.

Como se ha indicado, el origen de esta concepción se encuentra en el idealismo alemán surgido en el siglo XIX, que propició como reacción antiliberal la aparición de concepciones políticas en las que se priorizaba la comunidad frente al individuo. Gracias a ellas el delito pudo estructurarse sobre la consideración de que lo determinante no es la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, sino la inobservancia de los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas penales, como subjetiva infracción de las obligaciones del individuo frente a la comunidad¹⁷⁴. De esta manera el injusto se fundamentaba en la actitud del sujeto de aceptación o rechazo del

¹⁷² Según REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 44 y ss., el único requisito para la existencia de tentativa sería que la voluntad criminal se haya manifestado a través de una conducta externa. La difusión de este punto de vista se debió, por un lado, a su compatibilidad con las premisas del finalismo de WELZEL; y, por otro, a que permite fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea sin adicionar ninguna otra consideración.

¹⁷³ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 37.

¹⁷⁴ Algunas de las teorías exclusivamente subjetivas apoyan sus conclusiones en la teoría de la equivalencia de las condiciones al afirmar que, si la conducta no lesiona el bien jurídico, se demuestra que en el caso concreto no podía lesionarlo. Si era incapaz de lesionarlo, no se ha puesto en ninguna situación de peligro concreto. Por lo tanto, partiendo de que toda tentativa es *ex post* inidónea, se rechaza que en ella exista peligro como realidad ontológica.

Posteriormente la doctrina puso de manifiesto que el peligro no puede describirse como realidad naturalística, sino que es un pronóstico sobre un hecho futuro, y por lo tanto incierto, acerca de la posibilidad de que se produzca la lesión del interés tutelado. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 19 y ss.

Derecho (en el desvalor subjetivo de la conducta como desvalor de la intención)¹⁷⁵. A partir de esta idea matriz, se articuló el núcleo vertebrador del Derecho Penal de la voluntad característico del Estado nacionalsocialista. Fue en este contexto dónde la rebelión del individuo frente a la comunidad, como negación de la vigencia fáctica del Ordenamiento, pasó a contemplarse como la esencia del delito. Como consecuencia de ello los tipos de delito dejaron de describirse como procesos de causación, dándose preferencia a los elementos subjetivos, lo que marcó el tránsito de un Derecho Penal del acto a un Derecho Penal de autor (se propuso incluso redactar todos los tipos como formas de tentativa y castigar ésta con la misma intensidad que la consumación)¹⁷⁶.

La inclusión de la parte subjetiva de la conducta en el tipo no puede justificarse en la actitud interna del sujeto de insumisión frente al Ordenamiento, sino en una concepción preventiva de la norma primaria en virtud de la cual ésta apelaría a la voluntad humana para evitar que se predisponga hacia la realización de la conducta típica, con el fin de prevenir la lesión del bien jurídico¹⁷⁷. En una teoría exclusivamente subjetiva de la tentativa sería punible toda actuación en la que se hubiera manifestado la resolución delictiva, por cuanto la ejecución del tipo comenzaría con la exteriorización de la voluntad de lesionar el bien jurídico mediante un comportamiento peligroso según la representación del autor. Como he dicho, de esta manera podría apreciarse el mismo contenido de injusto en la consumación que en todas las formas de tentativa, tanto en las punibles como en las que en principio deberían ser impunes, al poder concurrir en todos estos casos la misma voluntad exteriorizada. Se promueve así una ampliación sin matices del ámbito de la punibilidad a momentos muy lejanos respecto de la producción del resultado previsto en el tipo consumado. Sólo excepcionalmente algunas corrientes

¹⁷⁵ Según ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 19 y ss., el injusto de la tentativa se concibió como el modelo general de ilícito jurídico-penal porque no consiste en la lesión del bien jurídico, ni en la objetiva puesta en peligro del mismo, sino en la exteriorización de una voluntad dirigida a la lesión.

¹⁷⁶ Desde esta perspectiva lo relevante para la constitución del injusto es la intención o ánimo del sujeto, su “voluntad dañina”. En el terreno político-criminal, estas posiciones están inspiradas en criterios preventivos de defensa social o de defensa del Estado (no de los individuos). En el campo dogmático, conducen a una punición generalizada de los actos preparatorios, así como a la eliminación de la distinción entre éstos, la tentativa, y la consumación. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 267 y ss.

En efecto, para el subjetivismo radical sólo el sentido que el autor confiere a su actuación incide en el juicio de contrariedad del hecho con la norma, lo que conduce a defender la punibilidad de la tentativa irreal, como pone de manifiesto REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 48 y ss.

¹⁷⁷ Según las teorías exclusivamente subjetivas, las normas penales prohíben conductas que se aparecen ante sus destinatarios como adecuadas para producir el resultado, en cuyo caso lo decisivo no sería la parte objetiva del hecho sino la representación del autor sobre el mismo. Abundando en ello, ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 30 y ss.

subjetivas admitieron que en la tentativa inacabada el merecimiento de pena podría ser menor en el supuesto de que no se hubiera manifestado íntegramente la voluntad delictiva del autor¹⁷⁸.

No obstante, las teorías subjetivas, articuladas fundamentalmente alrededor de la doctrina finalista, intentaron no fundamentar la punición de la tentativa en el simple reproche moral. Por ello sus partidarios consideraron que, si en la moral sólo importa lo interno, en la tentativa lo relevante es la exteriorización del “mal pensamiento” a través de un hecho dirigido a la plena realización de un determinado delito, por lo que no bastaría con proyectos delictivos generales ni con preparativos provisionales dirigidos a fines indeterminados¹⁷⁹. Según esta concepción, la tentativa acabada sería el paradigma de injusto penal, al concurrir en ella todos los atributos del desvalor de la conducta. En relación con ello, para compatibilizar sus postulados con la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa, las tesis subjetivas acabaron realizando concesiones a la teoría objetiva. En todo caso, si fuera suficiente con cualquier exteriorización u objetivación de un pensamiento hostil al ordenamiento para fundamentar el castigo penal, no habría necesidad de esperar a que el autor “diera comienzo a la ejecución”, puesto que con anterioridad al inicio de las conductas ejecutivas ya puede existir una manifestación del pensamiento delictivo. Por otro lado, si desde la perspectiva de las teorías subjetivas se intenta sostener que no basta con cualquier exteriorización de una voluntad contraria a la norma, sino que es necesario “realizarla” a través del principio de la ejecución, el modelo resultante no se compadece en modo alguno con una concepción subjetiva de la tentativa, por lo que debería calificarse de mixta.

3.2. Teoría subjetiva basada en la peligrosidad del autor

Desde esta perspectiva el injusto de la tentativa se fundamenta, no a partir de la voluntad hostil al Derecho, sino de la peligrosidad manifestada por el sujeto que ha

¹⁷⁸ Dentro de esta postura la posición más coherente sería entender que también en la tentativa irreal el autor expresa una voluntad desobediente. Entre los autores que se opusieron a este planteamiento dentro de las teorías subjetivas basadas en la voluntad delictiva manifestada, VON BURI alegó que la tentativa supersticiosa no expresa una verdadera voluntad, sino un simple deseo. Entonces sólo podría querer el resultado quien se ha representado un curso causal existente en la naturaleza. Sin embargo, la existencia o la intensidad de la voluntad no puede depender de que lo representado por el autor sea o no objetivamente posible porque para él su conducta siempre es idónea. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 39 y ss.

¹⁷⁹ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 37 y ss.

intentado el delito, con independencia del hecho en sí¹⁸⁰. No depende el juicio de desaprobación de la voluntad delictiva manifestada, sino del grado de peligrosidad exteriorizado por el autor¹⁸¹. En base a criterios preventivo-especiales se afirma de este modo que no es penalmente antijurídica toda exteriorización de una voluntad contraria al Ordenamiento, sino sólo aquélla que se ha revelado suficientemente peligrosa para el bien jurídico en cuestión, lo que se valora en función de las características del autor. No sería preciso entonces castigar a quien se ha mostrado incapaz de lesionar el bien jurídico por carecer de las características personales necesarias para ello (por falta de pericia delictiva, de propensión criminal, etc.). Es decir, se afirma que el bien jurídico no se ha visto amenazado cuando el intento es obra de un sujeto insuficientemente peligroso. Bajo este punto de vista, la peligrosidad revelada por el autor condicionaría la distinción entre tentativa idónea e inidónea, así como el principio de la ejecución¹⁸².

La conducta que no ha producido el resultado sólo sería punible si el autor con su realización ha mostrado una actitud peligrosa para el bien jurídico. En cambio, el hecho debería quedar impune si la conducta no es obra de un autor suficientemente peligroso, a pesar de haber manifestado éste su voluntad de cometer el delito. Tal valoración de las circunstancias personales del agente implica incorporar, como es obvio, parte del sustrato de la culpabilidad en el injusto, el cual pasa a fundamentarse en la configuración caracterial del sujeto. Por lo tanto, el fracaso en la producción del resultado no sería menos merecedor de pena que el éxito cuando ello no evidenciara un menor estado de peligrosidad en el sujeto¹⁸³.

¹⁸⁰ Explica como el origen político-criminal de esta concepción se sitúa en la teoría de la defensa social en Italia, así como en la teoría del correccionalismo en España, SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 823 y ss.

¹⁸¹ DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 69 y ss.

¹⁸² Los partidarios del subjetivismo se esforzaron en subrayar que en su concepción sólo serían punibles actos externos, no la “nuda voluntad” o la simple actitud de contradicción con los valores vigentes en la legislación penal. Sin embargo, el hecho externo sólo importaría como manifestación objetiva de la voluntad contraria a la norma, como voluntad transformada en un acto. Lo nuclear sería entonces la actitud interna del autor aunque deba demostrarla a través de un comportamiento externo, no la objetiva peligrosidad de éste, ni la efectiva causación de un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. En un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho Penal no puede regular el fuero interno de los individuos, sus actitudes ético-sociales, sino únicamente los procesos de interacción social. En relación con este particular, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, pp. 26 y ss.

¹⁸³ Todas las teorías exclusivamente subjetivas conducen a un Derecho penal de la actitud, en contraposición a un Derecho penal del hecho. Por otro lado, al concepto de conducta del finalismo se le reprocha que en él el actuar humano se observa como un fenómeno individual-antropológico, sin considerar la dimensión social del mismo. Vid. REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, p. 48.

La conducta externa del autor se convierte así en un mero pretexto para aplicarle una pena por razones preventivo-especiales relacionadas con el peligro para la sociedad, que deriva de su personalidad¹⁸⁴. Por lo tanto, también estas tesis se sirven del discurso político-criminal que justifica un Derecho Penal de autor, en atención a que al sujeto no se le castiga por lo que efectivamente ha realizado, sino por cómo es (por ser un autor peligroso). Sin entrar en las múltiples críticas que cabría oponer a esta teoría, procede señalar que el estado peligroso del autor es un dato de difícil comprobación empírica, toda vez que no toda tentativa puede conformar un indicador de la peligrosidad del sujeto. De hecho ninguna tentativa, en sí misma considerada, demuestra con carácter general o inequívoco la peligrosidad del sujeto, por cuanto incluso el autor reincidente puede estar dispuesto a no repetir el intento. En efecto, nada permite presumir que el autor alberga la intención de volver a intentar la lesión del bien jurídico a partir de un supuesto nivel de peligrosidad medio. Es posible afirmar entonces que estas teorías no fundamentan el castigo en la peligrosidad concreta del sujeto, sino en un indicio de la misma (el que derivaría de la realización del intento). Esta pretensión de establecer una generalización del riesgo de reincidencia por la circunstancia de haber intentado el autor lesionar el bien jurídico todavía se hace más insostenible a la vista de que estas visiones parten de un paradigma causal, en función del que propugnan que la peligrosidad del autor debe ser observada como fenómeno naturalístico¹⁸⁵.

Partiendo del riesgo de reincidencia como criterio de imputación, esta teoría admite la posibilidad de prescindir de pena cuando el hecho es constitutivo de una tentativa irreal por ser insuficiente la peligrosidad revelada por el autor que incurre en un error nomológico objetivamente vencible. En cambio, en los supuestos de tentativa inidónea se considera que el sujeto en el futuro puede realizar una conducta esta vez quizás sí objetivamente adecuada y, por lo tanto, que es portador de peligrosidad. Sin embargo, como decía, el grado de peligrosidad del autor siempre depende del caso concreto y, en

¹⁸⁴ En la teoría subjetiva basada en la peligrosidad del autor se entiende que la existencia de desistimiento voluntario expresa una menor voluntad criminal, y por lo tanto una menor necesidad de resocialización del sujeto, según explica HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 50 y ss.

¹⁸⁵ Resulta inviable sostener que toda tentativa expresa la peligrosidad del autor. Estas teorías, por más que se esfuerzan en poner el acento en el hecho como indicador de la personalidad del sujeto, arrastran el estigma de un Derecho penal de autor porque en última instancia la pena no se impone por el hecho cometido, el cual no tiene relevancia penal en sí mismo, sino por el estado peligroso en el que se encuentra el sujeto que se prueba mediante la realización del hecho.

Por otro lado, el peligro de realización de hechos delictivos futuros como fundamento del injusto de la tentativa, supone condicionar el merecimiento de pena a meras sospechas de reincidencia, como señala REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 73 y ss.

consecuencia, no puede hacerse abstracción de esta circunstancia para establecer un grado de peligrosidad medio o intersubjetivo, ni un grado de peligrosidad genérico o estándar para cada clase de tentativa. Puede ocurrir que un autor opte por medios *ex ante* objetivamente no adecuados sólo en un primer intento, pero no en los sucesivos. Del mismo modo que quién ha realizado una conducta *ex ante* objetivamente peligrosa puede desistir de seguir intentando la consumación¹⁸⁶.

Al margen de las insoslayables dificultades para comprobar empíricamente el grado de peligrosidad del sujeto en el caso concreto, así como de la imposibilidad de generalizar la peligrosidad en función de la clase de tentativa, esta teoría impide conciliar el *quantum* del daño social con el *quantum* de la reacción penal con arreglo a criterios de proporcionalidad, en atención a que el injusto se fundamenta en circunstancias ajenas al hecho. De este modo la pena podría ser más elevada en un caso de tentativa de un delito leve con peligro de reincidencia, que en otro de tentativa de un delito grave en el que el peligro de reincidencia apreciado fuera menor¹⁸⁷.

En resumen, la teoría subjetiva basada en la peligrosidad del autor en principio rechaza fundamentar el injusto en la enemistad del sujeto con el Derecho, así como en el peligro de que éste atente contra cualquier bien jurídico-penal, al exigirse que el ataque sea contra un interés concreto¹⁸⁸. Sin embargo, aunque no baste con el ataque voluntario contra el bien jurídico, en cierta medida es necesaria una determinada actitud del autor frente al valor jurídico del objeto protegido porque en muchos casos sólo de ella puede deducirse el riesgo de reincidencia, lo que en la tentativa inidónea se plasma en el temor a que en el futuro el sujeto recurra a medios, objetos o sujetos idóneos. En efecto, en

¹⁸⁶ La teoría subjetiva basada en la peligrosidad del autor intenta vincular la conducta con el bien jurídico a través de la noción de peligrosidad para un interés determinado. Esto contrasta con otras teorías subjetivas en las que el injusto se fundamenta genéricamente en la sublevación contra el Ordenamiento jurídico o en la puesta en peligro de la paz jurídica, esto es, en la no observación de una actitud acorde a Derecho como bien jurídico difuso. Sin embargo, esta pretendida conexión entre la conducta y el bien jurídico es sólo aparente porque el acto no se valora en sí mismo, sino instrumentalmente como indicador de la peligrosidad del sujeto. *Ibidem* pp. 67 y ss.

Desde postulados defensistas, se muestra partidario de tomar la peligrosidad del autor como uno de los elementos fundadores del injusto de la tentativa, CARRARA, *Teoría de la tentativa...*, pp. 62 y ss.

¹⁸⁷ Asimismo, desde la óptica de la peligrosidad del autor, y por lo tanto de la prevención especial, no estaría justificado esperar a la realización del hecho típico para reaccionar con una pena, por lo que la punibilidad podría extenderse a los actos preparatorios, según resalta REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 74 y ss.

¹⁸⁸ De esta manera el autor se transforma en un estado objetivamente peligroso para el bien jurídico que pretendía atacar. Se afirma entonces la peligrosidad del autor en función de la voluntad que ha exteriorizado. Por lo tanto, la fundamentación exclusivamente subjetiva del injusto de la tentativa se identifica con el desvalor subjetivo de la conducta propio del finalismo radical. *Ibidem* pp. 68 y ss.

esta teoría la razón de ser de la tentativa punible es la exteriorización de una voluntad contraria al Derecho Penal, de modo que se prescinde de la existencia o inexistencia de factores objetivos condicionantes de la aparición del resultado que se persigue, y por lo tanto basta para la aplicación de la pena con que el autor sea consciente de que emprende una actuación tendente a la obtención de un fin delictivo, con independencia de la posibilidad real u objetiva de obtenerlo. Según ello, los errores que el sujeto pueda cometer en el desarrollo de su conducta, por más que determinen el no acaecimiento del resultado, son absolutamente irrelevantes. Consecuentemente, la conducta debería ser punible aunque carezca de aptitud para generar el resultado, ya sea desde una perspectiva *ex ante* o *ex post*.

Como se habrá advertido, en este modelo la explicación de la punibilidad de la tentativa inidónea no ofrece mayores dificultades, ya que de hecho permite sostener válidamente que en realidad todas las tentativas son inidóneas al no alcanzar el resultado buscado, de manera que son punibles en cuanto exteriorización de una voluntad delictiva. Ahora bien, la aplicación de una sanción penal sobre la sola base de lo que piensa el autor, independientemente del objetivo significado social de su conducta, es un mecanismo propio de un sistema moral, en el que lo determinante es la creencia del autor sobre la violación de una norma, no la objetiva vulneración de la misma¹⁸⁹. Bajo esta perspectiva incluso sería irrelevante el error del sujeto cuando recurra en la ejecución de su comportamiento a medios sobrenaturales para conseguir el resultado perseguido, pues ello no afectaría a la objetivación de la voluntad hostil al Ordenamiento jurídico que fundamenta la pena.

4. Teorías mixtas de carácter objetivo-subjetivo

4.1. Teoría de la impresión

Esta teoría, iniciada a mediados del siglo XIX por CARRARA¹⁹⁰, parte de tesis relativas a la prevención general positiva¹⁹¹ para postular que el injusto de la tentativa se

¹⁸⁹ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 158 y ss.

¹⁹⁰ Vid. CARRARA, *Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa* (trad. Soler), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 100 y ss.

fundamenta en la voluntad de infringir una norma de conducta cuando la exteriorización de la misma menoscabe gravemente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico o el sentimiento de seguridad jurídica¹⁹². La circunstancia objetiva que fundamentaría entonces el injusto sería la impresión o conmoción social del suceso en la colectividad, en concreto el quebrantamiento de la paz jurídica. Esto permitiría excluir la punición de las tentativas que no comporten ese efecto, como ocurriría con la tentativa irreal. Se dice en este sentido que la conducta de la tentativa irreal no despierta ningún sentimiento de afectación del Ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista subjetivo, el autor debería actuar con la voluntad de incumplir el imperativo de la norma primaria¹⁹³. Bajo esta perspectiva, el concepto de peligro ocupa el lugar que en el delito consumado corresponde al daño, si bien se concibe como la conmoción que el hecho causa en la comunidad social.

Según este punto de vista, el criterio normativo para valorar la parte externa del hecho es la incidencia del acto en la percepción de la comunidad acerca de la eficacia de la norma¹⁹⁴. De este modo la manifestación de voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico sólo sería objetivamente imputable cuando esté en condiciones de erosionar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico. Los requisitos del tipo de la tentativa serían entonces, de un lado, la expresión de una intención delictiva a través de una conducta, de otro, que ésta sea adecuada para ocasionar una determinada conmoción social, en el sentido de originar una sensación de inseguridad colectiva¹⁹⁵.

¹⁹¹ Acerca de las dificultades para constatar de un modo fehaciente las razones de prevención general, SÁNCHEZ LÁZARO, “Recensión a Norbert Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Beck, 2012, 143 págs”, en *InDret*, nº 4, 2013, pp. 1 y ss.

¹⁹² Desde el punto de vista de la prevención general, ya MEZGER y JIMÉNEZ DE ASÚA fundamentaron la punibilidad de la tentativa en la impresión del hecho en los demás, así como en la perturbación de la paz jurídica. Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 43 y ss.

¹⁹³ Vid. SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea”...*, pp. 103 y ss.

¹⁹⁴ Desde el punto de vista de la prevención general concretada en la necesidad de defensa social, CARRARA, *Teoría de la tentativa...*, pp. 58 y ss., concibe el delito como un hecho contrario a la *seguridad*. Por su parte, la pena sería un medio para restablecer en el ánimo de los ciudadanos la confianza en la propia seguridad. Por lo tanto, según él, cuando existe tentativa “el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y espanto que causa el delito consumado”.

¹⁹⁵ Desde la óptica de la prevención general positiva, la teoría de la impresión postula que cuando concurre desistimiento desaparece la necesidad de pena. Según señala HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, p. 50, refiriéndose a esta teoría, “el desistimiento elimina la ‘impresión de perturbación jurídica’ o de ‘alarma social’ ocasionada por la tentativa, anula o contrarresta su ‘efecto desestabilizador’ o el ‘mal ejemplo’ que había provocado; restaura el orden jurídico lesionado, así como la confianza de la sociedad en el sistema; suprime la ruptura de la ‘paz jurídica’”.

Se entiende que esta noción de alarma social es el parámetro con el que graduar el daño social provocado por el comportamiento. Sobre estas premisas se defiende la impunidad de la tentativa inidónea, toda vez que ésta no sería capaz de lesionar la validez del orden jurídico a pesar de dirigirse la conducta a la lesión del bien jurídico.

La teoría de la impresión pretende presentarse como una síntesis entre las teorías objetivas y las teorías subjetivas, por cuanto la impresión que conmociona el Derecho podría proceder tanto de la tendencia interna exteriorizada como de la objetiva peligrosidad de la conducta. Por otra parte, el efecto psicológico-social sobre la generalidad de ciudadanos se intenta examinar con posterioridad al hecho con arreglo a criterios naturalísticos, según una descripción de la efectiva incidencia empírica del hecho en su dimensión de fenómeno social.

Varias son las críticas que cabe dirigir a esta teoría. El concepto de conmoción social no puede utilizarse en términos estrictamente avalorativos al ser su naturaleza eminentemente normativa. Resulta difícil admitir, en efecto, que el criterio de la impresión social sea de carácter objetivo-ontológico, atendida la imposibilidad de cuantificar la efectiva incidencia del hecho en la conciencia colectiva¹⁹⁶. Para sortear esta objeción, algunos de los partidarios de esta postura renuncian a comprobar la conmoción social en el caso concreto y, en consecuencia, abogan por valorarla en abstracto (como capacidad de conmoción en general). Pero tampoco esta solución parece satisfactoria al ser discutible que la conmoción social pueda generalizarse, en el sentido de presentar unas características homogéneas en cada clase de tentativa (p.ej., una tentativa supersticiosa podría perturbar gravemente la paz jurídica en un entorno rural y no en otro más cosmopolita)¹⁹⁷. En efecto, un mismo hecho puede acarrear un grado de conmoción social diverso en función del subsistema social en el que tenga

¹⁹⁶ En caso de que pudiera llegar a conocerse, la efectiva conmoción social causada por el hecho sería un dato sólo constatable *ex post*. Por lo tanto, se trataría de una realidad empírica de carácter sociológico que formaría parte del desvalor de resultado. Sobre este extremo, SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea"*..., pp. 106 y ss.

Bajo este punto de vista, el desistimiento podría eliminar el efecto desestabilizador de la tentativa a pesar de ser involuntario, mientras que tal perturbación podría persistir aún siendo el desistimiento voluntario, a juicio de HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 55 y ss.

¹⁹⁷ Apunta SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea"*..., pp. 107 y ss., que un mismo hecho puede ser *sentido* de diversa manera en función del tiempo y del lugar en el que se produzca.

lugar (atendiendo a múltiples factores, entre ellos si éste es más o menos homogéneo, o si los sujetos que lo componen son más o menos sugestivos o cultos)¹⁹⁸.

Otra de las críticas que cabe formular a la teoría de la impresión es que modula la gravedad del hecho en función de circunstancias externas al mismo, lo que entraña un evidente riesgo de vulneración del principio de proporcionalidad. Si la conmoción social se valora en el caso concreto, ésta podría ser superior ante una tentativa escasamente peligrosa que frente a otra con más posibilidades de éxito al depender el nivel de quebrantamiento de la paz jurídica de factores ajenos al hecho y, por lo tanto, no enteramente controlables por el sujeto (p.ej, de la repercusión mediática del suceso). Es fácil advertir entonces que los ciudadanos no podrían conocer si su conducta está o no prohibida hasta después de su realización si el grado de conmoción social causado pretendiera determinarse empíricamente.

Por otro lado, como decía, la conmoción social no puede generalizarse de manera abstracta, ideal o hipotética, en función de la clase de tentativa. Ello porque desde una perspectiva *ex ante* el intento inidóneo puede ser objetivamente más peligroso que el idóneo y, por ende, causar una mayor impresión social. Esto impide afirmar que en la tentativa inidónea el grado de afectación de la confianza de los ciudadanos en la eficacia de la norma sea, en general o en abstracto, inferior que en la tentativa idónea. Por lo tanto, no es posible establecer referencias genéricas que eximan de verificar *ex post* la impresión social efectivamente causada por el hecho concreto si no se quiere operar sobre la base de apriorismos lógicos no susceptibles de ser contrastados a nivel valorativo (como lo sería la afirmación de que en general la tentativa idónea causa más conmoción social que la inidónea).

En síntesis, la teoría de la impresión no ofrece un criterio de imputación objetivo mínimamente viable porque el conocimiento del impacto del hecho en la sociedad es difícilmente cognoscible en términos empíricos; porque, en caso de que ello fuera

¹⁹⁸ El criterio de la impresión social causada por el hecho se aleja de una fundamentación del injusto basada en la protección de bienes jurídicos reconocibles en el tipo. Ello sería así porque el merecimiento de pena se fundamenta en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos distintos de aquéllos cuya agresión pretende ser evitada por el correspondiente tipo consumado. *Ibidem* pp. 107 y ss. Como anota HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 119 y ss., el fin de protección de bienes jurídicos como fuente de legitimación del Derecho Penal deriva de la necesidad de reducir al mínimo posible la violencia informal y formal que se genera en la sociedad.

posible, dependería de factores ajenos a la gravedad del hecho y a la actuación del sujeto; y porque ese impacto tampoco puede generalizarse en abstracto al depender siempre del caso concreto. Procede objetar también a esta teoría la circunstancia de que se pone al servicio de una formal autoafirmación del Ordenamiento y, por lo tanto, que se aparta de los contenidos sustantivos proporcionados por la función de protección preventiva de bienes jurídico-penales¹⁹⁹. Por ello cabe concluir que el Derecho Penal no prohíbe formas de comportamiento adecuadas para producir una determinada conmoción de la confianza en la norma, sino comportamientos realizadores del tipo capaces de lesionar o poner en peligro determinados bienes jurídicos.

En síntesis, según la teoría de la impresión el fundamento de la punibilidad de la tentativa radica en la conmoción que la puesta en marcha de la intención criminal origina en la generalidad, cuya confianza en la validez del ordenamiento jurídico se ve perturbada, lo que afectaría al sentimiento de seguridad jurídica y con ello la paz del Derecho. Suele destacarse como una de las ventajas de esta visión que no recurre a valoraciones ético-individuales, al justificar la punibilidad de la tentativa a partir de la defensa de la comunidad frente a ataques considerados socialmente peligrosos. Esta circunstancia es sin embargo incompatible con un Derecho Penal del acto ya que, según ella, el fundamento de la punibilidad de la tentativa no radicaría en la existencia de una conducta jurídico-penalmente relevante, sino en lo que de modo apriorístico se ha definido como un comportamiento socialmente reprochable, en la medida que no es posible presumir sin más, a partir de la concurrencia de un peligro objetivo para el bien jurídico, ni de la posibilidad de que la conducta desplegada hubiera podido ser exitosa, la existencia de una determinada impresión social. Además, en esta teoría la perturbación de la paz jurídica no se relaciona necesariamente con el ataque a un bien jurídico. Es decir, el carácter socialmente reprochable de la conducta sólo puede proceder de su puesta en relación con bienes jurídicos, lo que no sucede necesariamente en la teoría de la impresión. Aunque se admita que para la emisión del “juicio de impresión” la comunidad está representada por un “ciudadano medio objetivo”, lo cierto es que ese miembro ideal de la sociedad puede impresionarse por razones

¹⁹⁹ Ciertamente, los conceptos a los que recurre la teoría de la impresión social son acentuadamente difusos: “impresión social”, “conmoción del Ordenamiento jurídico”, “menoscabo de la paz jurídica”, “perturbación de la confianza de la comunidad en la vigencia del Ordenamiento jurídico” o “sentimiento de seguridad”. Esta ambigüedad podría ser contraria al mínimo grado de concreción exigible en virtud del principio de legalidad. Vid. SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea”...*, pp. 106 y ss.

diversas de la exteriorización de una conducta calificada de tentativa punible. Así pues, al ser imposible establecer un nivel de impresión medio o ideal, la teoría de la impresión no proporciona un criterio válido en la medida que no todos los hechos constitutivos de tentativa causan una impresión en la comunidad, ni todas las conductas que suscitan una impresión social deben ser forzosamente constitutivas de una tentativa de delito²⁰⁰.

Aunque la teoría de la impresión es a priori lo suficientemente coherente como para brindar una explicación tanto de la punibilidad de las tentativas idóneas e inidóneas como de la impunidad de la tentativa irreal, lo cierto es en el momento de precisar cómo debe ser efectuado ese juicio acerca de la impresión que una determinada conducta suscita en la comunidad, los inconvenientes que presenta son insalvables. Si ese juicio lo emite la víctima, unos mismos acontecimientos serían necesariamente valorados de forma diversa en función del grado de susceptibilidad de ésta, de su inteligencia o de su desarrollo cultural. Por otro lado, resulta inviable la figura de un hipotético espectador imparcial con un grado de “susceptibilidad” medio. Por lo tanto, la teoría de la impresión no ofrece ninguna pauta satisfactoria para determinar cuándo una conducta merece reproche penal.

Procede recalcar que no todas las conductas que impresionan a la comunidad social tienen por este simple motivo carácter de tentativas, de la misma manera que no todos los delitos – ni siquiera la totalidad de los consumados – tienen por qué generar esa conmoción. Por lo tanto, la teoría de la impresión tampoco proporciona un criterio válido para establecer el momento en que se inicia la ejecución del tipo. Sólo podría suministrarlo en caso de que todas las tentativas fueran cuanto menos apropiadas para provocar estos efectos psico-sociales, y paralelamente los mismos no pudieran generarse a través de los actos preparatorios. Por lo tanto, mientras existan actos preparatorios con una enorme aptitud para conmocionar a la sociedad – piénsese por ejemplo en la preparación de atentados terroristas –, y delitos – incluso consumados – que no la conmocionan, la conclusión sólo puede ser que la teoría de la impresión no brinda un criterio válido para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa ni para la determinación del momento en el que se inicia la ejecución.

²⁰⁰ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 62 y 63.

4.2. Teorías mixtas cuya circunstancia objetiva de referencia es la peligrosidad de la conducta

Todas estas teorías hallan el fundamento del injusto de la tentativa en la existencia de una voluntad contraria a la norma que se pone de manifiesto a través de la realización de una conducta peligrosa para el bien jurídico²⁰¹. Suelen valorar, por un lado, características subjetivas del hecho, relativas a la voluntad consciente de infringir el imperativo de conducta emanado de la norma; por otro, circunstancias objetivas acerca de la forma en la que el autor exterioriza su voluntad. La voluntad delictiva no podría manifestarse entonces de cualquier manera, sino a través de una actuación considerada adecuada para producir el resultado previsto en el correspondiente tipo consumado.

Sin embargo, estas posturas difieren entre ellas en el modo de valorar la adecuación de la conducta para producir el resultado²⁰². Si ésta depende de todas las circunstancias del hecho realmente concurrentes, con independencia de si eran o no cognoscibles *ex ante* para un espectador objetivo, en principio sólo serían causalmente adecuados los intentos que han generado en el caso concreto un peligro para el bien jurídico protegido en el tipo consumado²⁰³. Es decir, aquellos en los que *ex post* puede establecerse que eran *ex ante* – desde un principio – adecuados²⁰⁴. En cambio, si sólo se analizan las circunstancias objetivamente perceptibles *ex ante*, al margen de si realmente concurrían o no, la conducta será adecuada sin importar que después de su realización se ponga de manifiesto que en ningún momento tuvo la capacidad de producir el resultado²⁰⁵. Las discrepancias se centran pues en los conocimientos sobre el hecho a partir de los que

²⁰¹ Las diferencias entre las distintas corrientes tienden a relativizarse al generalizarse cada vez más posiciones mixtas en las que se consideran tanto aspectos objetivos como subjetivos del hecho en la fundamentación del castigo de la tentativa, como asevera BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, p. 268.

²⁰² En todas estas concepciones el peligro es la condición material para el injusto de la tentativa y para el injusto en general. Pero por peligro debe entenderse la probable posibilidad de que ocurra un suceso indeseado (es decir, un daño o un mal). Para constatar la existencia de un peligro es necesaria la referencia a un juicio de pronóstico (sobre la probabilidad de que el peligro se concrete en lesión). Para afirmar el carácter penalmente injusto del hecho, no sería entonces necesario que el peligro fuera real o concreto como realidad empírica, sino que bastaría con la apariencia *ex ante* de esa posibilidad como probabilidad de que se produzca. Sobre ello, DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 28 y ss.

²⁰³ Vid. SEMINARA, S., *Il delitto tentato...*, pp. 332 y ss.

²⁰⁴ Si el peligro se valora *ex post*, sólo pueden reputarse peligrosas las conductas que alcanzan el resultado al ser éstas las únicas que han demostrado capacidad para afectar al bien jurídico (aunque lo hayan lesionado o puesto en peligro de forma fortuita). Con más detalle, SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 76 y ss.

²⁰⁵ Sobre como la peligrosidad referida al comportamiento refleja la potencialidad lesiva del mismo para bienes jurídicos, SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 76 y ss.

valorar las circunstancias objetivas en él concurrentes, lo que depende en parte de la perspectiva temporal adoptada para emitir tal pronunciamiento²⁰⁶.

Ambas posturas coinciden, no obstante, en señalar la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa, ya que en ella la conducta ni siquiera *ex ante* se muestra objetivamente adecuada para causar el resultado del delito consumado (p.ej, las conocidas como “timbas de trileros”, en las que es de conocimiento prácticamente general que se trata de un juego de apuesta normalmente dirigido a engañar al que apuesta en él, SAP Barcelona, de 19 de abril de 2004)²⁰⁷. El principal punto de discusión gira entonces en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea, es decir, en si ésta puede considerarse el momento más anticipado de intervención generalizada del Derecho Penal desde la perspectiva de la lesividad de la conducta para el bien jurídico.

Cualquier análisis sobre esta materia debe partir de un dato evidente: *ex post* toda tentativa demuestra ser causalmente inadecuada para producir el resultado, por lo que en todas ellas se incurre en error nomológico por cuanto el curso causal no se desarrolla como estaba inicialmente previsto. Este error nomológico tiene que ser objetivamente invencible en el momento en que se emprende el intento, puesto que si el espectador objetivo no lo hubiera cometido sería imposible afirmar la adecuación *ex ante* de la conducta para producir el resultado (como sucede con la tentativa irreal o supersticiosa, en la que la configuración de la realidad del sujeto activo es errónea desde el punto de vista de un espectador objetivo o, en otros términos, no es susceptible de ser contrastada a nivel científico)²⁰⁸. Se dice entonces que de lo que se trata es de dirimir si pueden ser punibles los casos en los que tal error nomológico indica que la conducta era incapaz de resultado desde el inicio de la ejecución, es decir, que el bien jurídico nunca ha estado en peligro en el caso concreto.

²⁰⁶ Los posicionamientos personales sobre la dogmática de la tentativa que a continuación expondré parten, fundamentalmente, del marco explicativo elaborado al respecto por MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 352 y ss.

²⁰⁷ Como subraya SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, p. 75, las necesidades de prevención no pueden llevar a castigar conductas potencialmente inocuas para bienes jurídicos.

²⁰⁸ En la tentativa irreal puede darse tanto una invocación a fuerzas sobrenaturales o poderes mágicos – como en el caso de quien clava agujas a un muñeco con la intención de matar a alguien –, como un claro desconocimiento de la realidad – como en el caso de la mujer que intenta abortar tomando zumo de naranja –, en el cual no habría incurrido un espectador objetivo. Ahora bien, los medios irreales propios de la tentativa irreal deben diferenciarse de los motivos irreales. Así, cuando el autor actúa con medios reales pero por motivos irreales, la tentativa es punible (p. ej., intentar matar de un disparo a escasa distancia a un gobernante con el convencimiento de que su muerte proporcionará beneficios mágicos). Vid. REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 183.

En la tentativa irreal, independientemente de si las creencias del autor pueden ser o no reales, lo determinante es que las mismas no gozan de reconocimiento científico, ni pueden fundamentarse en modo alguno a partir de la experiencia empírica, de manera que la conducta no puede ser contemplada como una fuente de peligros reales para bienes jurídico-penales. Las tesis subjetivas que fundamentan la punibilidad de la tentativa en la peligrosidad del autor estiman que en la tentativa inidónea éste puede reconocer el fracaso de su intento, y por lo tanto corregir en el futuro su error mediante una conducta idónea para la obtención del resultado; mientras que en la tentativa irreal se considera que el sujeto, al estar persuadido de la idoneidad de sus métodos, resulta improbable que en el futuro recurra a una conducta idónea. Por lo tanto, mientras que el autor de la tentativa inidónea no dejaría de ser un sujeto peligroso, el autor de una tentativa irreal sería inofensivo. Sin embargo, bien podría pensarse que el autor de una tentativa irreal puede llegar a percatarse de su equivocación y, en consecuencia, emprender en el futuro una conducta apta para alcanzar el fin perseguido. Ello forzó a estos sectores a acabar admitiendo la punibilidad de la tentativa irreal.

La circunstancia de que en la tentativa irreal la configuración de la realidad del autor no responda a la experiencia empírica determina que la conducta represente una muy baja probabilidad de lesionar el bien jurídico objeto de protección. Entre las propuestas explicativas de la distinción entre tentativa irreal e inidónea, ha gozado de amplia difusión la fundamentada en la diferenciación entre las clases de error en el que incurre el autor. Según ella, si el error versa sobre un curso causal (error nomológico) estamos ante una tentativa irreal, mientras que si tiene por objeto alguna de las circunstancias de la conducta (error ontológico) la conducta da lugar a una tentativa inidónea. Sin embargo, puede objetarse a este planteamiento que no todas las tentativas irreales surgen a partir de errores nomológicos, puesto que puede suceder que el sujeto maneje correctamente las leyes causales, pero que en el desarrollo de su conducta incurra en un error sobre las circunstancias del hecho en el que no habría incurrido un espectador objetivo. P. ej., si el autor intenta matar de un disparo a un espectro invocado durante una sesión de espiritismo, no puede decirse que el sujeto no comprende correctamente la ley causal que permite provocar la muerte de un ser humano mediante el accionamiento de un arma de fuego (es decir, posee un conocimiento nomológico correcto), pero se equivoca en cuanto a las circunstancias del hecho, esto es, sobre la objetiva presencia del ser humano al que pretende dar muerte (por lo que dispone de un conocimiento ontológico incorrecto). Así pues, en este supuesto, aun cuando el sujeto incurra en un error ontológico, la tentativa debe calificarse de irreal porque un espectador objetivo no habría incurrido en el mismo. Asimismo, la distinción entre tentativa irreal e inidónea en función de la clase de error cometido por el autor no es satisfactoria por cuanto la misma resulta relativa o permutable. En el ejemplo propuesto, podría decirse que disparar con una pistola correctamente cargada contra un hombre

inexistente no es una conducta adecuada para dar muerte a un ser humano, en cuyo caso el error que determina la ausencia de resultado no sería ontológico sino nomológico²⁰⁹.

Así las cosas, en el delito putativo, a diferencia de lo que acontece con la tentativa irreal, el autor comprende correctamente la situación fáctica, pero se equivoca en cuanto a la significación jurídica que tiene atribuida, al creer que la conducta que está llevando a cabo es penalmente reprochable, cuando en realidad es impune. Puede afirmarse entonces que existe un delito putativo cuándo el autor incurre en un “error de prohibición al revés”, de la misma manera que concurre una tentativa (inidónea) cuándo el autor incurre en un “error de tipo al revés”.

Las corrientes partidarias de valorar la objetiva peligrosidad de la conducta *ex post*, a la luz de todas las circunstancias concurrentes, defienden la impunidad de la tentativa inidónea²¹⁰. Para ellos el intento de consumación sólo es punible si después de fracasar en el caso concreto se demuestra que en general la conducta sigue siendo capaz de resultado, esto es, suficientemente peligrosa (p.ej, apuñalar a alguien en un órgano vital, quién finalmente logra salvar su vida como consecuencia de la rápida intervención de los servicios médicos). Este resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico no se ocasionaría en la tentativa inidónea ya que en ella con posterioridad a la realización del intento se constata que éste era incapaz de resultado desde el principio²¹¹. Es decir, que el bien jurídico no ha estado en peligro en ningún momento al ser imposible que el curso causal se desarrollara como era *ex ante* objetivamente previsible. En defensa de sus tesis alegan que el tipo objetivo de todo delito incluye al menos un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico desde una perspectiva *ex post*.

²⁰⁹ *Ibidem*. pp. 198 y ss.

²¹⁰ Desde esta perspectiva, al ser el peligro un riesgo ocurrido, no meramente futuro o por suceder, tan sólo sería punible la tentativa idónea. En esta línea, CARRARA, *Teoría de la tentativa...*, pp. 62 y ss., afirma que el peligro previsto no puede aceptarse como razón del castigo, sino que debe tratarse de un peligro que exista *verdaderamente* como hecho. El menor castigo de la tentativa respecto de la consumación se explicaría entonces por el menor desvalor de resultado de la primera en relación con la segunda, al ser menos grave el daño causado por la conducta cuando provoca un peligro concreto en vez de la lesión.

²¹¹ En esta concepción, según apunta REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 37 y 38, “los conceptos de resultado y peligro se contemplan como dimensiones empíricas con base en criterios de la física, de la estadística, de las matemáticas, como si en derecho se tratase preponderantemente de empirismo. El concepto de peligro corre así el riesgo de ‘independizarse y de no ser contemplado con vistas al derecho y al resultado jurídico, sino aisladamente, como dimensión existente por sí sola’, pretendiendo hacer coincidir lo ontológico con lo jurídico, lo mecánico-positivo con lo social, el ser con el deber”.

En contra de este argumento, las corrientes partidarias de la punibilidad de la tentativa inidónea aducen que la estructura del tipo objetivo de ésta es idéntica a la de los delitos de peligro abstracto porque en ambas se prescindiría de las consecuencias *ex post* del acto. Otros sectores añaden que la potencialidad lesiva de la conducta no es necesario que se confirme con posterioridad a su realización, a través de un juicio retrospectivo en el que se establezca que un bien jurídico concreto entró en el radio de eficacia causal de la misma. No sería necesario, en suma, patentizar *ex post* que la conducta era causalmente adecuada para alcanzar la consumación. Para llegar a esta conclusión sostienen que la realidad corroborada *ex post* no invalida el pronóstico sobre la previsibilidad de resultado efectuado *ex ante*. Es decir, que la conducta *ex ante* adecuada lo sigue siendo aunque *ex post* se verifique que era incapaz de resultado desde un primer momento²¹². Ciertamente, el juicio acerca de la probabilidad de que se produzca el resultado se estaría invalidando como tal si para emitirlo se tuvieran en cuenta datos del hecho sólo cognoscibles *ex post*, en cuyo caso dejaría de ser una anticipación mental sobre un hecho futuro para pasar a ser una comprobación empírica, no sobre un curso causal hipotético, sino sobre un curso causal efectivo.

A partir del carácter determinativo de la norma penal, desde esta visión se deduce que la decisión acerca de si la misma ha sido infringida no puede tomarse en un momento en el que el mandato normativo ya no puede ser eficaz en aras a la prevención²¹³. Esto permitiría afirmar que en la tentativa punible la infracción objetivo-subjetiva de la norma primaria se produce en el momento en el que el sujeto emprende voluntariamente una conducta en abstracto adecuada para alcanzar la consumación según el criterio de un espectador objetivo colocado en su posición, con conocimiento de esa aptitud, aunque después se demuestre empíricamente que era imposible que el curso causal se

²¹² Observa SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea"*..., pp. 77 y ss., que la circunstancia de que la conducta cause el resultado del delito consumado no ofrece la seguridad absoluta de que contase desde el principio con esa capacidad. Por este motivo no es necesario incorporar el dato relativo a efectiva la producción del resultado en la decisión acerca de la peligrosidad de la conducta.

²¹³ Según argumenta SANCINETTI, *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 102, "también una tentativa de producir un resultado satisface los requisitos de la tipicidad, y la acción en cuestión es en sí la misma que la del delito consumado. Por tanto, para identificar la acción de una tentativa hay que aplicar los mismos principios de la 'imputación objetiva', aun cuando, ciertamente, falta la realización del riesgo en el resultado. Pero, entonces, lo común a toda forma de imputación objetiva, es decir, lo propio de 'la teoría' –si es que ella ha de valer para todos los casos– es el definir el comportamiento típico como la creación de un riesgo reprobado".

desarrollara como era en un inicio racionalmente esperable²¹⁴. Así las cosas, para que la tentativa sea punible bastaría con que fuera idónea *ex ante*, aunque no lo sea *ex post*²¹⁵.

En cualquier caso, el carácter abstracto de la idoneidad no significa que sea suficiente con que la conducta pertenezca a una clase de comportamientos considerados general o estadísticamente peligrosos. La conclusión contraria abocaría a una concepción formal del tipo de la tentativa. Estimo preferible entender que la objetiva peligrosidad *ex ante* del intento debe comprobarse en el caso concreto (según las circunstancias cognoscibles para el autor en el momento de actuar, más las que hubiera conocido un espectador objetivo colocado en su posición). Es importante no confundir esto con una comprobación *ex post* de si en el caso concreto el intento originó algún peligro para el bien jurídico (esto es, con una certificación *ex post* del peligro advertido *ex ante*). No es lo mismo la hipotética adecuación causal en el caso concreto (*ex ante*) que el desarrollo efectivo del curso causal en el caso concreto (*ex post*).

En resumen, todas las posturas objetivo-subjetivas descritas aceptan la atipicidad de la tentativa irreal al no poder verse amenazado el bien jurídico por actuaciones absolutamente inocuas para él, desde una perspectiva en la que la función de la pena consista en proteger determinados valores que condicionan las posibilidades de participación de los individuos en la vida social. Se arguye que la norma penal no puede prohibir cualquier conducta que pretenda vulnerar el imperativo, sino sólo las que se muestran suficientemente peligrosas para ello. Lo fundamental en la tentativa irreal es que el sujeto incurre en un error nomológico u ontológico burdo, es decir, en un error que no hubiera cometido un espectador imparcial colocado en su posición, por cuanto éste habría advertido la inicial inidoneidad del intento (error nomológico u ontológico

²¹⁴ Vid. SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 334 y ss.

²¹⁵ Desde postulados subjetivistas se ha objetado que el criterio de la adecuación provoca inseguridad jurídica porque en cada caso la posibilidad de imputación se deja al arbitrio del juez, lo que impediría conformar parámetros jurisprudenciales uniformes. Por el contrario, el subjetivismo facilitaría la labor probatoria al partir de la voluntad delictiva manifestada.

Ciertamente la utilización de criterios metafísicos conlleva el abandono de metodologías propias del formalismo jurídico. Pero ello no es razón suficiente para renunciar a encontrar una fundamentación del injusto de carácter normativo axiológicamente satisfactoria. Asimismo, a diferencia de otras decisiones de naturaleza normativa como pueden ser las referentes a la “conmoción de la paz jurídica” o a la “defensa del ordenamiento”, el juicio de peligrosidad *ex ante* dispone de un sustrato fáctico.

Si se rechaza el positivismo como premisa metodológica, la hermenéutica resulta inherente al proceso de subsunción legal. Dentro de este proceso se opera mediante enunciados lingüísticos en los que es inevitable una cierta indeterminación o vaguedad semántica, debido a sus pretensiones generalizadoras en relación con todos los posibles grupos de casos. Desarrollando estos aspectos, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 218 y ss.

ex ante vencible). Las discrepancias surgen por lo tanto en si el grado de aflicción del bien jurídico que se produce en la tentativa inidónea es suficientemente grave como para precisar una reacción penal, teniendo en cuenta que en ella la causa de inidoneidad no es *ex ante* aparente al ser sólo cognoscible con posterioridad a la realización de la conducta, lo que determina que el error nomológico u ontológico sea *ex ante* invencible.

Mi tesis central, al respecto, es que *ex post* ninguna tentativa es peligrosa porque en todas ellas después de su realización se demuestra que en el caso concreto era empíricamente imposible que el curso causal se desarrollara como en un inicio podía ser previsible²¹⁶. Esto permite afirmar que en el caso concreto el bien jurídico nunca estuvo en peligro. Si lo hubiera estado, se habría producido la lesión. Por lo tanto, el elemento común a todas las tentativas punibles es la peligrosidad *ex ante* de la conducta (ausente en la tentativa irreal). La principal diferencia entre la tentativa idónea y la inidónea es entonces que en la primera la causa de inidoneidad no era *ex ante* cognoscible para nadie. La inidoneidad de la tentativa idónea se debe así a un factor no susceptible de ser previsto de acuerdo con las reglas de la experiencia actualmente conocidas. Sin embargo, la distinción entre tentativa idónea e inidónea no es determinante en la cuantificación del grado de injusto del hecho. Esto es así porque el dato en el que se asienta tal clasificación no incide en la “objetiva” peligrosidad del intento. La circunstancia de que alguien hubiera podido conocer la inidoneidad del intento, o que de hecho la haya conocido, no modifica la opinión del espectador objetivo acerca de la probabilidad de resultado porque éste no se coloca en la posición de ese *alguien*, sino en la del autor, en relación con el cual se debe medir la gravedad del ataque al bien jurídico²¹⁷.

²¹⁶ Algunos autores objetan al criterio de la peligrosidad *ex ante* de la conducta que no puede hablarse de la existencia objetiva de un fenómeno cuando el mismo va referido a la opinión de un observador. Sin embargo, en su condición de juicio normativo, la existencia de peligro no se pretende constatar empíricamente como realidad ontológica (el peligro no es en sí mismo un estado ontológicamente existente o real, sino que se asume como un juicio emitido por un observador que lo aprecia partiendo del desconocimiento de la totalidad del hecho). La objetividad del juicio de peligro no se refiere entonces al objeto, sino al sujeto que lo emite, el cual representa la opinión de la media estadística de los ciudadanos, y por lo tanto en este sentido es intersubjetivo (esto es, objetivo). Es decir, el carácter objetivo del juicio de peligro *ex ante* no se vincula a un completo conocimiento fáctico y nomológico del hecho, sino a la imparcialidad de su emisor. Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 198 y ss.

²¹⁷ Según SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea”...*, pp. 83 y ss., lo relevante es enjuiciar la capacidad de resultado de la conducta según las circunstancias cognoscibles por el autor, atendiendo a la experiencia común sobre los cursos causales. Los conocimientos del espectador objetivo se sitúan en un punto intermedio entre la omnisciencia y los del autor. Los datos ignorados por el autor y los inapreciables para el hombre medio no deben ser incorporados al juicio de peligro.

Si la gravedad de la tentativa depende de la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, esta circunstancia condiciona también el marco penal de la misma. En consecuencia, la atenuación de la pena en uno o dos grados no depende del carácter idóneo o inidóneo del intento. Una tentativa inidónea puede ser objetivamente más peligrosa, desde una perspectiva *ex ante*, que una tentativa idónea. Imaginemos en un primer caso que el autor abandona a la víctima en una montaña aislada, en un día de frío extremo, con la intención de que muera congelada, pero ésta finalmente logra salvarse al conseguir construir un iglú en el que resguardarse (tentativa idónea). Y en otro, a que el autor dispara a la víctima a bocajarro con una pistola, pero la bala se encasquilla (tentativa inidónea). Desde una óptica *ex ante*, en abstracto, en el segundo supuesto la conducta es más adecuada para producir el resultado porque en él aparentemente las posibilidades de salvación de la víctima son menores. Es decir, en este caso la probabilidad de consumación es mayor (prácticamente tiene que ocurrir un “milagro” para que no se produzca la lesión, como que la bala se encasquille) en comparación con el otro, en el que la víctima puede sobrevivir por ser muy resistente al frío, encontrar una casa en la que protegerse o incluso por una subida repentina de las temperaturas. Que en este caso las posibilidades de salvación de la víctima sean mayores parece indicar que el medio comisivo escogido por el autor es menos idóneo que en el otro supuesto. En consecuencia, este supuesto merecería una pena inferior a pesar de tratarse de una tentativa idónea²¹⁸.

Supeditar la rebaja de la pena de la tentativa, en uno o dos grados, a la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, y no a la producción de un resultado de peligro

En la misma línea, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito I*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 383 y ss., afirma que el fundamento de la punición de la tentativa no se halla en el peligro real para el bien jurídico, sino en la representación del autor y de un observador objetivo sobre la adecuación de un proceso causal hipotético. Es decir, sobre si la conducta aparece como un objeto de ataque idóneo.

²¹⁸ El criterio metodológico subyacente a las posiciones que se adoptan, al ser de carácter valorativo-teleológico, impone la obligación de abordar los distintos objetos de análisis desde el punto de vista de su racionalidad axiológica e instrumental. Como marco axiológico de referencia se establece la dignidad humana como premisa filosófica, cuyo ámbito de realización es la convivencia social, en el seno de la cual se debe permitir al individuo desarrollar libremente su plan de vida en un marco de paz y seguridad mínima. El sistema debe entonces orientarse teleológicamente a la consecución de determinadas finalidades de carácter práctico, no especulativas. Como realidad práctica, el Derecho penal requiere una perspectiva teleológica y axiológica que contribuya a la ordenación pacífica de la convivencia. De limitarse exclusivamente al mundo de los valores, se alejaría de la realidad, y por lo tanto dejaría de ser un instrumento válido para la realización de sus fines. Más exhaustivamente, HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 115 y ss.

concreto, tiene sentido porque de esta manera el mensaje que se está dirigiendo a los ciudadanos es que, cuanto más adecuado para la consumación sea el medio comisivo en el momento de decidir cuál elegir, en caso de que el intento fracase mayor será la pena. En cierto modo con esto se incentiva que el sujeto, ante la posibilidad de recurrir a varios medios comisivos, elija el menos idóneo *ex ante* ya que de esta forma la pena puede ser inferior en caso de fracaso. Es decir, se trata de reservar el “premio” de la rebaja en dos grados para el autor que se ha decantado por el medio que aparentemente aseguraba menos la producción del resultado. Sólo en este caso puede decirse que el peligro de la conducta para el bien jurídico ha sido menor, y esto no tiene nada que ver con que la causa de inidoneidad del intento fuera *ex ante* cognoscible para alguien o no.

El peligro *ex post* no existe en la tentativa porque el peligro sólo puede comprobarse empíricamente cuándo se produce la lesión del bien jurídico propia de la consumación. Sólo en este caso puede decirse que el peligro era real o verdadero: en los restantes supuestos únicamente concurre apariencia de peligro. Esto significa que el *resultado de peligro* que se predica de los delitos de peligro concreto (y de la tentativa idónea) no se refiere a que el bien jurídico se ha colocado en una situación de peligro real empíricamente comprobable en el caso concreto, sino a que uno de los posibles objetos materiales del delito ha entrado en el radio de eficacia causal de la conducta. Pero este radio de eficacia causal en el que entra el objeto material no es efectivo sino hipotético. Por lo tanto, lo que sucede en la tentativa idónea es que uno de los posibles objetos materiales del delito consumado entra en el que posible o probablemente puede ser el radio de eficacia causal de la conducta, aunque luego el desarrollo efectivo del hecho indique lo contrario. Este ingreso de un concreto objeto material en el aparente radio de eficacia causal de la conducta objetivamente advertido *ex ante* integra el resultado de peligro concreto que la doctrina predica de la tentativa idónea y de los delitos de peligro concreto²¹⁹.

²¹⁹ A diferencia de lo que sucede con el concepto de delito altamente formalizado de JAKOBS, el criterio del peligro dota de racionalidad y seguridad jurídica el enjuiciamiento del hecho como derivación directa del fin de protección de bienes jurídicos, al remitir la valoración de la conducta a una circunstancia fáctica. Según afirma ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, p. 354, “esa exigencia de un sustrato material potencialmente lesivo, a determinar en cada caso, impide caer en el decisionismo propio de las teorías de la prevención general positiva; algunas de las cuales porque terminan por dar prioridad, a la hora de la decisión sobre la punición, a factores psico-sociales de carácter irracional como el temor, el rechazo o la ‘impresión’ que (supuestamente) despierten las acciones delictivas; o, en todo caso, porque su configuración abstracta y formal imposibilita la exigible seguridad jurídica en la aplicación del Derecho”.

En consecuencia, el *resultado de peligro* concreto no se refiere a la corroboración empírica (*ex post*) del riesgo efectivo generado por la conducta, que en la tentativa siempre es nulo, sino a que *resulta* que un bien jurídico concretado en un objeto material puede ser *ex ante* lesionado, si bien en el caso concreto no resulta lesionado. La diferencia entonces con la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto es que en éstos el bien jurídico que *ex ante* puede ser lesionado no está concretado en un objeto material. Sin embargo, la posibilidad de individualizar *ex ante* el objeto material con posibilidades de ser lesionado no implica en sí misma una mayor peligrosidad de la conducta. En el momento de la ejecución puede ser mucho más peligrosa la conducta de un delito de peligro abstracto que la de un delito de peligro concreto. P.ej., si se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la conducta es potencialmente más lesiva si se recorre un tramo de carretera en dirección contraria y a gran velocidad, aunque causalmente en aquel momento no circule ningún otro coche, que si el sujeto se limita a saltarse un stop, aunque en este caso obligue a realizar una maniobra evasiva a otro vehículo. En el primer caso la conducta es *ex ante* peligrosa para una pluralidad indeterminada de usuarios potenciales de la vía, pero no para un usuario concreto, mientras que en el segundo sí que es posible individualizar el objeto material que *ex ante* puede ser lesionado. Pero, como decía, esta circunstancia no convierte la segunda conducta en más peligrosa que la primera²²⁰.

Naturalmente, cuando decimos que en los delitos de peligro abstracto ningún bien jurídico concretado en un objeto material entra *ex ante* en el radio de posible eficacia causal de la conducta nos referimos a bienes jurídicos individuales. Si se entiende que en ellos se protegen intereses supraindividuales desconectados de cualquier referente individual, no serían tipos de peligro abstracto sino de lesión. Todo esto puede clarificarse un poco más si se entiende que de lo que carecen la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto es en puridad de objeto material, no de objeto jurídico. No carecen de objeto jurídico porque en ellos hay un bien jurídico individual que entra en el

²²⁰ La producción del resultado del delito consumado no es un indicio de la mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta: “en nada debe verse influida la medida de la peligrosidad *ex ante*, como apreciación normativa (no ontológica) de la potencialidad lesiva, por el resultado – no sería coherente decir que *ex post* se constata la mayor o menor entidad de lo que debió decidirse *ex ante*-, so pena de comprometer el fundamento apriorístico del juicio *ex ante*. La producción del resultado puede corroborar la peligrosidad de la conducta; pero su no producción no significa que *ex ante* sea más o menos peligrosa”. Vid. SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’...*, pp. 99 y 100.

radio de posible eficacia causal de la conducta, aunque éste no esté concretado en un objeto material específico, y aunque después se demuestre que ningún interés jurídico-penal ha estado realmente en peligro. El objeto de protección de la ley, es decir, el bien jurídico individual, entra en el radio de eficacia de la conducta porque *ex ante* es previsible que sea lesionado, aunque luego no sea así. En cambio, carecen de objeto material porque la conducta no recae físicamente sobre una persona o cosa concreta que actúe como sustrato naturalístico o corpóreo del bien jurídico. En realidad no carecen entonces de un “bien jurídico concreto” sino que el bien jurídico concreto que hipotéticamente puede ser lesionado no se corporeiza *ex ante* en una persona o cosa concreta. Sólo en este sentido puede decirse que les falta un “bien jurídico concreto” en el momento de emprender la ejecución.

Por ejemplo en relación con el delito de peligro abstracto previsto en el art. 379.2 CP, con la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas los bienes jurídicos individuales que entran en el radio de posible eficacia causal de la conducta son concretos al ser perfectamente identificables (la vida y la salud), pero lo que sucede es no hay objeto material al no recaer la conducta físicamente sobre la vida o la salud de ninguna persona concreta. Así pues, en este sentido lo que *ex ante* falta en los delitos de peligro abstracto y en la tentativa inidónea no es un bien jurídico individual concreto, sino un objeto material del delito, es decir, que alguno de los objetos físicos (personas o cosas) aptos para operar como sustrato material del interés tutelado entren dentro del radio de posible eficacia causal de la conducta en el momento en que ésta se realiza.

Esto contrasta con los delitos de peligro concreto y con la tentativa idónea. En estos tipos no sólo hay un bien jurídico concreto con posibilidades *ex ante* de ser lesionado, sino que además uno de los objetos en los que éste puede corporeizarse físicamente entra en el radio de posible eficacia causal de la conducta. En el ejemplo de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, si un vehículo tiene que realizar una maniobra evasiva como consecuencia de alguna infracción de las normas de circulación realizada por el autor, no sólo habrá uno o varios bienes jurídicos con posibilidades *ex ante* de ser lesionados (la vida o la salud de las personas, al igual que sucede con la modalidad de peligro abstracto) sino que además alguno de los objetos materiales en los que éstos pueden corporeizarse ha entrado en el radio de posible eficacia causal de la conducta. Los objetos materiales en los que se corporeiza el bien

jurídico individual que han entrado *ex ante* en el radio de posible eficacia causal de la conducta son los propios sujetos pasivos del delito, es decir, los ocupantes del vehículo que tiene que realizar la maniobra evasiva²²¹.

5. Concepto legal de tentativa

5.1. Introducción

Hasta aquí se han expuesto los distintos discursos de los que históricamente se ha servido la doctrina para fundamentar, a nivel lógico-conceptual, la punibilidad de la tentativa, los cuales están claramente influidos desde una perspectiva más amplia por el aparato teórico en el que cada uno de ellos se inspira. De entre todos estos posibles sistemas de fundamentación, procede ahora delimitar cuál ha sido el seguido por el legislador español a la vista de la regulación actual del delito intentado. Puede avanzarse que nuestro CP, en sintonía con las demás legislaciones penales de nuestro ámbito cultural de referencia, ofrece un concepto mixto de tentativa en el que se mezclan elementos objetivos-externos y subjetivos-internos del hecho, si bien todavía hoy la doctrina discrepa en cuanto al alcance que debe darse a cada uno de ellos: en relación con el tipo objetivo de la tentativa, se discute esencialmente si la peligrosidad de la conducta para bienes jurídicos, como presupuesto de la imputación objetiva, abarca, no sólo la objetiva peligrosidad *ex ante* del acto, sino también un resultado *ex post* de

²²¹ En posteriores apartados se expondrán las razones por las que se rechaza una interpretación formal de la tipicidad. Entre ellas destaca la que hace referencia a que el aseguramiento de las expectativas normativas no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución del fin prioritario de protección de bienes jurídicos. Según señala HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, p. 122, “mientras que la protección de bienes jurídicos siempre llevará a la protección *de facto* de la vigencia de las normas, ésta no implica *per se* la efectiva protección de aquéllos. De allí, la consecución de ambos fines sólo podrá llevarse a cabo, en tanto se erija a la protección de los bienes jurídicos como finalidad primordial, opción ésta que es definida, como puede apreciarse, por criterios de racionalidad valorativa. Es evidente la razón de esta subordinación axiológica del fin preventivo de protección de la vigencia de las normas: para la libertad del individuo, lo fundamental es la existencia del bien jurídico, antes que la confianza en que el mismo no será lesionado. Es que el ciudadano está interesado, prioritariamente, en su vida o integridad física, y sólo, secundariamente, en la seguridad de que serán respetadas. Primordial es proteger la vida en cuanto tal para, sólo luego, rodearla de un marco de seguridad”.

Según se ha indicado en el primer capítulo de la presente investigación, dentro de las metodologías teleológico-funcionalistas se advierten dos corrientes claramente diferenciadas en función de los fines preventivos que se atribuyen a la pena. Por un lado, una según la cual el fin de la pena consiste en prevenir la afectación negativa de bienes jurídicos. Por otro, aquella en virtud de la cual su objetivo es prevenir la desautorización de la norma.

La primera opción permite valorar la gravedad del hecho a través de referentes empíricos en función del grado de lesividad de la conducta para los intereses protegidos. En cambio, la segunda opera en un nivel meramente comunicativo o simbólico. *Ibidem*. pp. 133 y ss.

concreta puesta en peligro de alguno de los objetos materiales en los que puede materializarse el interés tutelado; y, a propósito de su tipo subjetivo, el debate se focaliza fundamentalmente en si el dolo de la tentativa es o no idéntico al del correspondiente delito consumado, lo que está íntimamente conectado con la pregunta de cuál es la mínima intensidad que ha de revestir la resolución criminal para la imputación subjetiva del delito intentado.

Para abordar el concepto legal de tentativa se parte del principio material, ya mencionado, según el cual al Derecho Penal sólo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, de modo que su tarea puede reducirse a la prevención de las conductas más insoportables para la comunidad. Si a lo anterior se le añade que corresponde a los tipos penales describir las conductas que deben ser evitadas o realizadas²²², en un análisis exegético del Derecho Penal positivo la decisión acerca de la punibilidad o no de un intento fallido de consumación debe condicionarse a las finalidades de protección de la tipología delictiva de que se trate, de las que ha de ser posible deducir los márgenes de riesgo permitido y socialmente adecuado. La creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de mayor o menor entidad es uno de los cánones de valoración de la gravedad del hecho (y por lo tanto de racionalización del injusto penal), el cual incide además, en virtud del principio de proporcionalidad, en la determinación de la pena, tema que también será oportunamente abordado.

Una adecuada caracterización del concepto legal de tentativa ha de servir además para revelar las similitudes entre ésta y los delitos de peligro abstracto. En relación con esto, como he apuntado en el capítulo introductorio, creo que en el fundamento de la punibilidad de la tentativa es posible hallar un poderoso mecanismo de materialización del contenido de injusto los delitos de peligro abstracto y, en consecuencia, una vía a través de la cual éstos puedan armonizarse satisfactoriamente con la estructura general del hecho punible, sin contravenir el sistema de principios y garantías dimanante de los límites del *ius puniendi* que metodológicamente se han tomado como punto de partida. A estos efectos resulta imprescindible examinar la eficacia que puede desplegar la teoría de la imputación objetiva, así como medir la intensidad de la afectación del bien

²²² Vid. CANTERO BANDRÉS, *Sobre el Derecho Penal*, Ed. Ediciones Académicas, Madrid, 2005, pp. 72 y ss.

jurídico que se produce tanto en la tentativa como en los delitos de peligro abstracto, a fin de comprobar si en ambos casos el grado de lesividad del hecho puede ser igual o similar. En el trasfondo de estas preguntas se halla la discusión sobre el concepto material de delito, en virtud de la cual se intentan aprehender criterios abstractos y generales, y en cierta medida supralegales, a través de los que limitar la actividad del poder punitivo del Estado²²³. Ahora bien, en relación con los delitos de peligro abstracto las tensiones dialécticas que se producen en este ámbito son especialmente acentuadas, en la medida que no pocos autores consideran que son simples actos de poder, y que por lo tanto no se corresponden con los criterios de legitimidad material desarrollados a lo largo del tiempo por la cultura jurídica. Creo posible sin embargo, como he apuntado al principio, racionalizar el contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto conforme a una “dogmática de la política criminal” en la que ambas disciplinas se fusionen bajo el aparato conceptual de la teoría de las normas²²⁴.

5.2. Significado del adverbio “objetivamente” utilizado en la definición legal del concepto de tentativa (art. 16.1 CP)

5.2.1. Planteamiento del debate

La definición del concepto legal de tentativa en el Derecho español se halla previsto en el art. 16.1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”²²⁵. Con esta redacción se unificaron en una sola las anteriores definiciones de tentativa (inacabada) y frustración (tentativa acabada). Y se eliminó la referencia explícita que el CP de 1973 hacía de la tentativa inidónea en su artículo 52: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena

²²³ ROBLES PLANAS, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 19 y ss.

²²⁴ *Ibidem*. pp. 20 y ss.

²²⁵ Como señala FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, p. 60, el art. 16 CP sólo adquiere significado a través de su puesta en relación con las conductas descritas en los tipos de la Parte Especial. Por lo tanto, a través de él se hace abstracción de las características comunes a todas las clases de tentativa al haberse considerado conveniente no repetir las en la descripción de cada conducta en particular por razones de técnica legislativa. Dicho artículo no constituye por sí mismo un tipo de delito al faltarle la descripción de la conducta prohibida u ordenada.

inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”.

Este cambio provocó que un sector de la jurisprudencia se mostrara vacilante en cuanto a la punibilidad de la tentativa inidónea. Los partidarios de la impunidad de la misma basaban fundamentalmente sus argumentos, no sólo en la ausencia de una sanción expresa, sino también en la convicción de que el empleo del adverbio “objetivamente” en la definición actual se refiere a la peligrosidad *ex post* de la conducta (STS de 28 de mayo de 1999). Por el contrario, los sectores favorables a su punición entendían que la supresión del antiguo art. 52 respondía a que el mismo resultaba superfluo porque el adverbio “objetivamente” sólo excluiría la punibilidad de la tentativa irreal (en otra terminología, de la tentativa absolutamente inidónea, en contraposición a la relativamente inidónea). Es decir, de los supuestos en los que la causa de inidoneidad del intento hubiera sido advertida por una persona media dotada de los conocimientos de la situación que tenía el autor al actuar (STS de 21 de junio de 1999; 379/2000, de 13 de marzo; de 2 junio de 2000; 1124/2001, de 13 de junio; 1250/2002, de 5 de julio)²²⁶.

Como muestra de la discusión surgida, en la STS de 20 de enero de 2003, se revoca la sentencia de la AP de Huelva en lo que se refiere a la absolución del acusado de un delito de tentativa de homicidio o asesinato, a pesar de haberse declarado probado que éste arrebató el arma reglamentaria a uno de los Guardias Civiles, la montó y accionó el gatillo, apuntando sucesivamente contra cada uno de los Agentes, con evidente ánimo de acabar con sus vidas. Estima la AP de Huelva que, al estar la pistola descargada, los hechos son constitutivos de un supuesto de tentativa inidónea impune.

En línea con las posiciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias²²⁷, entiendo que el art. 16 CP permite considerar que el contenido de injusto de la tentativa inidónea es suficientemente grave como para merecer una pena, al ser en ella el grado de conculcación de la norma primaria idéntico que en la tentativa idónea²²⁸. Ello porque el

²²⁶ Sobre la evolución del concepto legal de tentativa en la legislación española, DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 32 y ss.

²²⁷ MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal...”, pp. 1 y ss.

²²⁸ De acuerdo con la teoría de los imperativos de la que se parte, la norma primaria tiene la forma de orden a la que se debe obediencia, y la función que la legitima se articula alrededor de la evitación de lesiones de intereses considerados esenciales para la convivencia social. Así lo explican, por todos, PÉREZ

objeto, los medios utilizados o el sujeto, “objetivamente” valorados *ex ante*, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico del delito consumado (de lesión o puesta en peligro)²²⁹.

El debate concitado a propósito del art. 16 CP en cierta medida ya existía en torno al significado del anterior art. 52. Para un sector de la doctrina el castigo expreso de la tentativa inidónea vino a cubrir una laguna de punibilidad por no caber en las definiciones generales de tentativa (tentativa inacabada) y frustración (tentativa acabada) del art. 3 del anterior CP. La supresión de dicho precepto tenía que comportar necesariamente la impunidad de esta clase de tentativa. Para el resto de la doctrina la definición general del anterior art. 3 ya comprendía los supuestos de tentativa inidónea, los cuales actualmente quedarían incluidos en el actual art. 16. Que éste incluya o no los casos de tentativa inidónea depende del alcance que se dé a la expresión “actos que *objetivamente* deberían producir el resultado”, en concreto de si se utiliza un concepto *ex ante* o *ex post* de idoneidad²³⁰.

En su acepción más intensa la expresión “objetivamente” significaría efectiva correspondencia con la realidad, como cualidad perteneciente al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de percibirlo (según la RAE, se trata de un atributo del objeto que “existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce”). Este sentido del adverbio “objetivamente” referido a la peligrosidad de la conducta para producir el resultado se referiría a que tal capacidad tiene que existir con independencia del sujeto que la valora, lo que se pone de manifiesto con posterioridad a la realización del hecho al ser éste el momento en que puede comprobarse el riesgo efectivamente sufrido por el interés protegido (es decir, es este el momento en el que puede conocerse si el bien jurídico ha estado en peligro, al margen de si en el momento de actuar parecía que podía ponerse en peligro). Esta interpretación obliga a tener en cuenta todos los datos que

DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 41 y ss.; HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 132 y ss.

²²⁹ Las normas primarias determinan el ámbito de lo “prohibido” desde una perspectiva *ex ante*, al definir de modo general las conductas que merecen y necesitan ser penadas. Por su parte, las normas secundarias delimitan el campo de lo “punible” desde una perspectiva *ex post*, en base a criterios de necesidad de pena, por lo que seleccionan, entre las conductas prohibidas, aquellas que además necesitan ser sancionadas. Sobre como la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta puede ser contemplada en sí misma como un daño social, SOLA RECHE, *La llamada “tentativa inidónea”...*, pp. 108 y ss.

²³⁰ El legislador ha incluido el castigo de la tentativa en una cláusula general, lo que indica que no ha optado por un sistema de incriminación de *numerus clausus* de las conductas ejecutivas que no dan lugar a la consumación. Sobre ello, DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 21 y ss.

conforman el *ser* del objeto sobre el que se emite el juicio de peligrosidad, en este caso todos los datos sobre el hecho, sin importar si eran cognoscibles antes o después de actuar. La peligrosidad objetivamente contrastada equivaldría en este sentido a una situación de riesgo como proximidad real (no aparente) de daño. Es decir, la conducta no sólo tendría riesgo por la circunstancia de poder ocasionar un daño al interés tutelado según la percepción que se tenía de ella en el momento de emprenderla, sino que además existe la certeza de que en el caso concreto este riesgo podría haberse convertido en lesión por confirmarse *ex post* el peligro advertido *ex ante*. En otros términos, no sólo se emite un pronóstico sobre una incierta probabilidad de riesgo de lesión, sino que además se certifica empíricamente que ha existido riesgo de lesión en términos de probabilidad real.

En un sentido menos intenso, el adverbio “objetivamente” se referiría a que los conocimientos para emitir el juicio de peligro serían intersubjetivos, los de cualquier sujeto normal (concretamente, los de la media estadística de la sociedad, más los excepcionales del autor). En este caso la “objetividad” no sería una cualidad del objeto del juicio de peligro, sino del sujeto que lo realiza. Bastaría entonces con que en el momento de emprender el intento, y antes de que éste se frustre, cualquier persona normal en la posición del autor considere posible que se produzca el resultado del tipo consumado. Se amplían de esta manera los márgenes de incertidumbre penalmente relevante, al no tener que comprobarse *ex post* que podía haberse causado el resultado de la consumación. Aunque esta interpretación pueda parecer a priori menos estricta y más desfavorable para el reo, lo cierto es que la punibilidad de la tentativa inidónea es la opción más coherente con los fines preventivos encomendados al sistema penal. En efecto, entra dentro de las finalidades de protección del tipo la evitación de conductas *ex ante* idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, aunque *ex post* se revelen inofensivas para el mismo²³¹.

²³¹ Según expone FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención...*, pp. 100 y 101, a propósito de las teorías exclusivamente subjetivas del injusto, “esta concepción no resulta adecuada a la idea de intervención mínima que debe presidir el Derecho penal en un Estado democrático como ‘un Derecho que sólo puede prohibir aquellos comportamientos que, en forma socialmente insoportable, lesionen o pongan en peligro los más importantes intereses del sistema social a cuya regulación se dirige’. El Estado que merece el calificativo de Estado de Derecho se ocupa del tráfico social y no de la esfera íntima de los individuos, que es un asunto privativo de cada uno. Estos autores se olvidan de la dimensión social del injusto. Por esta razón se le ha objetado en varias ocasiones a autores como Kaufmann o Zielinski que convertían a la tentativa inidónea en la figura central del Derecho penal”.

5.2.2. El adverbio “objetivamente” como exigencia de peligrosidad *ex post*

La objetividad del peligro apreciado puede concebirse como exigencia de que el mismo se corresponda efectivamente con la realidad²³². Pero, como se ha señalado, si el juicio de peligro se conforma a partir de todos los elementos del hecho que han llegado a conocerse, en el caso concreto ninguna tentativa es adecuada para producir el resultado de la consumación al revelarse todas ellas como un intento fallido. Si éste ha fracasado ha sido porque era inadecuado para alcanzar el objetivo pretendido, es decir, por no haberse verificado (objetivamente) el curso causal inicialmente previsto. Si un curso causal no se desarrolla como hipotéticamente se había anticipado que se desarrollaría, es por la concurrencia de alguna circunstancia imprevisible que le impidió desarrollarse de ese modo. Si un grupo de ladrones entra en un banco con la intención de robar y el edificio se derrumba antes de que salgan con el dinero como consecuencia de un movimiento sísmico, no puede decirse según todos los elementos concurrentes en la situación que el hecho podía desarrollarse como ellos habían calculado. Si el movimiento sísmico tuvo lugar fue porque hubo causas que (objetivamente) lo provocaron. Desde una perspectiva *ex post* habría que afirmar entonces la inidoneidad del intento, por cuanto concurrió una circunstancia destinada a convertir en imposible la consumación, aunque *ex ante* sólo hubiera sido cognoscible por un hipotético espectador omnisciente.

De la propia literalidad de la definición legal de la tentativa se extrae otro argumento en contra de una interpretación maximalista del adverbio “objetivamente”, al exigirse que el fracaso en la producción del resultado responda a “a causas independientes de la voluntad del autor”. Que el resultado no se produzca por causas efectivamente concurrentes es incompatible con exigir al mismo tiempo que las causas efectivamente concurrentes pudieran haber producido el resultado. La inoperatividad de esta interpretación del adverbio “objetivamente” se ve agravada por el verbo utilizado por la ley (“deberían”). Si los actos realizados “deberían” producir el resultado, es obvio que *ex post* estos no “deberían” producirlo. Aunque *ex ante* pudieran haberlo

²³² Entiende BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 277 y ss., que en toda tentativa concurre un desvalor de resultado, aunque éste sea diferente al de la consumación.

producido, *ex post* no podían haberlo producido²³³. No pueden – ni por lo tanto deberían – producir el resultado los hechos causalmente inadecuados para ello. No puede decirse que la conducta de apoderarse con violencia o intimidación del dinero de un banco en el momento en que éste se derrumba como consecuencia de un movimiento sísmico “puede” o “debe” producir el resultado del delito de robo (consistente en la obtención de disponibilidad sobre los objetos sustraídos).

Un desarrollo coherente de los postulados de esta interpretación del adverbio “objetivamente” conduce a vaciar de contenido la propia noción de tentativa. Si se exige que *ex post* la conducta produzca el resultado, lo cierto es que *ex post* éste sólo debe producirse en aquellos casos en los que causalmente no puede dejar de producirse, es decir, en aquellos en los que se produce (en cuyo caso se realiza el tipo consumado). No quedaría entonces ningún supuesto susceptible de ser incluido en el concepto de tentativa del art. 16 CP. Todo ello indica que carece de sentido exigir que el intento debiera haber producido causalmente el resultado y que causalmente no lo haya producido²³⁴. En esta misma línea, la propia física ha abandonado desde hace tiempo una concepción de la relación causal construida sobre la noción de certeza, en atención a que, si las mismas causas condujeran siempre a los mismos resultados, la evolución del universo sería imposible.

5.2.3. El adverbio “objetivamente” como exigencia de peligrosidad *ex ante*

²³³ El concepto de peligro es normativo y, por lo tanto, su delimitación depende de un juicio valorativo. Según expone DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 72 y 73, “¿en qué consiste el peligro?, ¿cómo se diferencia de la mera posibilidad de un daño?, ¿depende de una probabilidad de daño más o menos elevada?, ¿se afirmará a partir de una cierta proximidad de la fuente del peligro al (portador del) bien jurídico protegido?, etc., son preguntas que han de obtener una respuesta previa a la resolución de la cuestión de si un determinado hecho ha dado lugar a una *puesta en peligro* del bien jurídico; esto es, con carácter previo a la discusión acerca de si un hecho de la realidad forma parte o no del concepto de peligro (típico)”.

²³⁴ La función de prevención obliga a contemplar el hecho *ex ante*. La evitación de delitos mediante la conminación de la pena sólo puede intentarse tratando de motivar a los ciudadanos para que no realicen determinadas conductas. Es decir, la evitación de resultados lesivos para la sociedad sólo puede intentarse motivando la evitación de conductas que puedan producirlos.

En suma, si las normas penales sólo pueden aspirar a regular conductas humanas, al carecer de cualquier otro mecanismo para evitar la causación de resultados lesivos, tan sólo pueden oponerse a ellas conductas distintas a las que las mismas imponen.

Según señala MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 58, “el Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos -¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!-, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados. Un resultado, en sí mismo, no puede infringir las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho –por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente-”.

Las consideraciones expuestas obligan a entender que el adverbio “objetivamente” de la definición del concepto de tentativa del art. 16 CP se refiere a un pronóstico *ex ante* sobre un hecho futuro y por ende incierto²³⁵. En caso contrario, como decía, tal definición quedaría vacía de contenido. Una vez concretado el momento en el que cronológicamente debe efectuarse el juicio de peligro, procede a continuación clarificar quién es el sujeto que debe emitirlo. Si éste fuera el propio autor, hipótesis a la que se opone la propia utilización del adverbio “objetivamente”, se estaría consagrando una concepción exclusivamente subjetiva de la tentativa²³⁶. En este supuesto la adecuación de la conducta para producir el resultado se evaluaría en función de la representación del autor sobre su hecho, de si éste lo desea y lo cree posible, de manera que la delimitación de la exacta materia de prohibición quedaría en manos de él. Asimismo, se tendería a afirmar la punibilidad de todas las clases de tentativa, incluso de las irreales o supersticiosas, por cuanto en todas ellas el sujeto cree posible alcanzar la consumación desde el momento en que lo intenta (también en las tentativas irreales si el sujeto lo intenta es porque cree que no fallará).

Todos estos inconvenientes, unidos a la propia presencia del adverbio “objetivamente” en la definición legal, conducen a la conclusión de que quien realiza el juicio de peligro es un ser imaginario: un hombre con unos conocimientos medios (intersubjetivos). Debe recurrirse por ello a la misma perspectiva que se adopta en la imputación objetiva, pero en este caso no para atribuir la realización de un riesgo típico, sino el intento fallido de realizarlo.

La pregunta sería entonces si una persona medianamente inteligente y juiciosa calificaría de serio el intento, si esta persona podría optar por realizar la conducta si quisiera originar el resultado²³⁷. Obviamente, al tratarse de la valoración de un curso

²³⁵ DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 46 y ss.

²³⁶ El injusto penal no puede depender sólo de lo que el autor persigue y conoce en su fuero interno, por lo que el aspecto subjetivo de la conducta únicamente pasa a ser penalmente relevante en virtud de su proyección externa. Ello constituye una exigencia del Derecho positivo puesto que incluso en la tentativa se exige dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Según expone FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención...*, p. 99, “sin ciertos requisitos objetivos nunca puede haber un injusto. La ‘teoría personal del injusto’ precisa de filtros objetivos. Al Derecho penal sólo le interesa la voluntad externalizada que reúne ciertos requisitos objetivos mínimos”.

²³⁷ En el marco de un concepto de peligro como posibilidad de lesión, ha de distinguirse el peligro relevante para el Derecho penal del que no lo es. En numerosas ocasiones la mera posibilidad de lesión

causal hipotético el espectador objetivo no descartaría la posibilidad de fracasar. Por lo tanto, no contemplaría la producción del resultado como un evento seguro, pero sí que debería representárselo como algo probable o incluso casi seguro. No basta con la simple posibilidad de producción porque el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede reaccionar legítimamente frente a las más graves formas de ataque contra los intereses que protege, es decir, contra las conductas más peligrosas o adecuadas para producir un resultado de lesión o concreta puesta en peligro de éstos. Para afirmar que la conducta es objetivamente peligrosa se exige que el espectador objetivo se represente el resultado del tipo consumado como una consecuencia previsible o racional de la actuación. De esta manera se delimita el grado de incertidumbre penalmente relevante entre un límite mínimo (la simple posibilidad de resultado) y un límite máximo (la certeza de que se producirá el resultado, lo que sólo puede saberse *ex post*, en función del efectivo desarrollo causal del hecho).

El espectador imparcial ha de conocer e ignorar los mismos datos sobre la situación que el autor (p.ej, si el autor es invidente, el conocimiento del espectador objetivo sobre la situación será el propio de una persona con esta limitación sensorial). Esto debe ser así aunque el conocimiento sobre el hecho de una persona media hubiera sido superior. Por lo tanto, si en el momento de disparar no sale la bala porque justo instantes antes un tercero ha descargado la pistola, no puede decirse que una persona con un nivel de diligencia medio hubiera comprobado antes de disparar si el arma estaba cargada. Es suficiente con que el espectador imparcial crea posible alcanzar el objetivo perseguido con los conocimientos ontológicos de los que dispone el autor, aunque una persona con un nivel de diligencia medio se hubiera asegurado unos conocimientos sobre la situación superiores recabando datos sobre la misma de los que no llegó a disponer el autor (p.ej., examinando el estado del arma justo antes de disparar).

En cuanto a los conocimientos nomológicos, el espectador imparcial sí que ha de tener los de una persona media, más los especiales que pudiera tener el autor. La objetividad requerida en el concepto legal de tentativa se refiere entonces a la valoración del intento

del bien jurídico no determina una reacción específica del Derecho penal pues en el tráfico se dan multitud de actividades que, a pesar de ser peligrosas, están permitidas siempre que su práctica se lleve a cabo dentro de los límites que las regulan, es decir, en la medida que sean socialmente adecuadas. Lo explica ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pp. 62 y ss.

por un hombre medio sobre la base de un conocimiento intersubjetivo de las leyes causales, pero con el mismo conocimiento de los hechos que el autor, que puede ser más o menos amplio. Se dispensa de esta manera un distinto tratamiento al error en el que incurre el sujeto en función de si éste es ontológico (sobre la situación) o nomológico (sobre las leyes empíricas que rigen los cursos causales). Si en el momento de actuar el autor ignora algún dato sobre la situación, el espectador objetivo también debe desconocerlo, aunque una persona con una diligencia media se hubiera preocupado de conocerlo. Por lo tanto, el intento puede ser *ex ante* objetivamente peligroso aunque el dato sobre la situación ignorado por el autor, en virtud del que el hecho no se acaba desarrollando como era previsible, hubiera sido conocido en el momento de actuar por una persona con una diligencia media (en cierto sentido, la conducta sigue siendo *ex ante* peligrosa aunque el error ontológico sea vencible). En cambio, si el espectador imparcial no hubiera incurrido en el mismo error nomológico, la conducta no será *ex ante* objetivamente idónea, como sucede con la tentativa irreal²³⁸.

La consecuencia es entonces que cuando se trate de un error sobre la situación, la conducta podrá ser *ex ante* objetivamente peligrosa con independencia de que el mismo sea vencible o invencible; mientras que cuando se trate de un error nomológico sólo lo será cuando éste sea invencible (esto es, cuando el espectador objetivo también hubiera incurrido en él). La razón de este distinto tratamiento en función de la clase de error responde, primero, a que en la tentativa siempre se da un error y, segundo, a que la misma se castiga porque el autor hubiera podido realizar su propósito si no se hubiera equivocado porque justamente su grado de conocimiento de las leyes de la causalidad era el mismo que el de una persona media. Es suficiente entonces con que la representación que el autor se hace del hecho sea conforme a la realidad, en el sentido de que sea adecuada para producir el resultado típico según las leyes causales generalmente admitidas, aunque tal representación sea distinta de la que se habría hecho

²³⁸ Según remarca CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 203, “los datos que no se poseen en el momento de la realización de la conducta no pueden ser tenidos en cuenta en el juicio de peligro, aun cuando ‘ex post’ se compruebe que atendiendo a ello el peligro que entrañaba la conducta era mayor al cognoscible cuando se ejecutó. La mayor peligrosidad objetiva demostrada ‘ex post’ no tiene relevancia en relación con el peligro penalmente relevante”. En relación con los delitos imprudentes, la norma de conducta no se infringe cuando ni el hombre más diligente hubiera advertido la peligrosidad del acto realizado. No obstante, aunque en el juicio de peligro no puedan valorarse datos constatados *ex post*, es posible examinar si *ex ante* el autor debería haber advertido el peligro a pesar de ignorarlo. En este sentido, el autor debería haberse abstenido de actuar si albergaba serias dudas sobre la concurrencia de la situación objetiva de peligro.

una persona prudente. Es decir, basta con que el intento aparezca como adecuado si la representación del autor sobre la realidad se correspondiera con ésta. Con todo, la distinción entre error nomológico y ontológico debe emplearse con las reservas expuestas más arriba, de modo que lo realmente determinante es el carácter vencible o invencible del mismo.

Ésta es una de las posibles concepciones acerca de los conocimientos sobre la situación y sobre las leyes causales de los que *ex ante* dispondría un espectador imparcial. Dado que en ella se parte de la representación subjetiva de la situación que tenga el autor, a la que sólo se le añade el conocimiento de las leyes causales socialmente aceptadas en general, la exigencia de objetividad de la definición del art. 16 queda considerablemente reducida. En otra interpretación podría dotarse al espectador imparcial de mayor intersubjetividad, en el sentido de que los conocimientos que éste tuviera de la situación no fueran sólo los del autor, sino también los que tendría una persona prudente colocada en su situación (en los mismos términos que en la teoría de la imputación objetiva). En el ejemplo propuesto de la pistola descargada, una persona prudente habría detectado la ausencia de balas porque habría comprobado el estado del arma antes de usarla. Habría que negar entonces la adecuación objetiva (intersubjetiva) del intento y, por ende, su posibilidad de punición. Esta visión presenta sin embargo una serie de problemas. El primero es que con arreglo a la misma se produce una ampliación excesiva del ámbito de la impunidad. En la tentativa el autor desconoce un elemento fáctico que impide la consecución del objetivo perseguido. Esto constituye un error de tipo inverso al que se da cuando un sujeto produce el resultado del delito consumado sin quererlo²³⁹. En este segundo caso puede presuponerse que si el autor hubiera advertido el error habría dejado de realizar la conducta lesiva (p.ej, no habría disparado contra lo que creía un maniquí si hubiera sabido que se trataba de una persona). Lo que se puede imputar entonces es la circunstancia de no haber advertido el error si no hubiera incurrido en él una persona prudente (error de tipo vencible). Si se evita el error de tipo, se evita la lesión (el autor se hubiera cerciorado de que se trataba de una persona y consecuentemente no habría disparado). Por lo tanto, el fundamento de la punición de la

²³⁹ En el error de tipo se desarrolla completamente la parte objetiva del tipo, pero no la subjetiva; mientras que en el error de tipo inverso se realiza completamente la parte subjetiva del tipo, pero no la objetiva. Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, pp. 24 y ss.

no evitación del error de tipo vencible radica en la no evitación (imprudente) de la lesión.

En cambio, evitar el error de tipo al revés en la tentativa inidónea implica convertir el intento en más adecuado para producir el resultado. Es decir, sin el error de tipo inverso la tentativa inidónea se convierte en idónea. Por lo tanto, el fundamento de la punición de la tentativa no puede estar en el error de tipo inverso al ser éste un obstáculo para la consumación. Es decir, carecería de sentido desvalorar una circunstancia del hecho (el error de tipo al revés) que no facilita sino que dificulta la consumación (a diferencia de lo que sucede con el error de tipo, que sí favorece la producción del resultado). Por lo tanto, el fundamento de la punibilidad de la tentativa no puede residenciarse en el grado de evitabilidad de este error inverso, sino en la peligrosidad estadística del intento. Y esta peligrosidad estadística puede concurrir aunque la inadecuación del intento sea cognoscible por una persona prudente al no haber incurrido ésta en el mismo error sobre la situación que el autor, esto es, aunque el error de tipo al revés sea de carácter vencible.

En efecto, aunque el error sobre la situación en el que incurrió el sujeto hubiera sido objetivamente cognoscible, la conducta puede ser estadísticamente peligrosa. Imaginemos que alguien coloca una bomba con la intención de matar y que puede provocar la detonación desde una distancia en la que le sea posible asegurarse de que hay alguien cerca. Sin embargo, se despreocupa y provoca la detonación a una distancia tal en la que no puede realizar tal comprobación, de modo que el estallido no provoca ninguna víctima. Puede decirse que provocar la detonación de una bomba en estas circunstancias es una conducta estadísticamente peligrosa, aunque un delincuente más “diligente” se hubiera asegurado de que en el momento de la explosión había alguien cerca del lugar. Es decir, el espectador objetivo, aunque hubiera conocido el error sobre la situación en el que incurrió el sujeto (que en el momento de la detonación no había nadie cerca del lugar), afirmaría que la conducta realizada (provocar la detonación de una bomba en una zona en la que *podía* haber alguien) es adecuada para producir el resultado, habida cuenta de que éste seguiría siendo una consecuencia probable de la actuación. Desde luego las posibilidades de evitar el fallo del intento de matar hubieran sido muy superiores si el autor se hubiera quedado a esperar a que pasara alguien para provocar entonces la detonación, como habría hecho un delincuente más cuidadoso (es

decir, más peligroso), pero ello no excluye que causar la explosión sin comprobar que hay alguien cerca sea una conducta peligrosa, aunque lo sea menos.

Carecería de sentido premiar con la impunidad al autor menos solícito o escrupuloso si su conducta sigue siendo *ex ante* objetivamente peligrosa, aunque lo sea menos que la de un delincuente con un grado normal de “meticulosidad criminal”, es decir, aunque un espectador objetivo no hubiera incurrido en el mismo error sobre la situación que él. Exigir que el espectador imparcial no hubiera caído en el mismo error sobre la situación que el autor para cumplir con el requisito de “objetividad” del concepto legal de tentativa, supondría recompensar una circunstancia (no asegurarse el autor de que había personas cerca de la bomba en el momento de la explosión) que en absoluto elimina la objetiva peligrosidad de la conducta.

El segundo de los problemas que presenta esta concepción es que conduce a interpretar el verbo “deberían” en el sentido de necesidad o gran probabilidad de producción del resultado. Aunque sea *ex ante*, requerir un grado de seguridad tan alto llevaría a la impunidad de un abanico de tentativas demasiado amplio, incluso de tentativas que desde la otra perspectiva se consideran idóneas. Ello porque en general los hechos que quedan en tentativa son supuestos en los que la producción del resultado no era ni muy segura ni muy probable. Como sucede cuando el intento del autor sólo es objetivamente viable a partir del conocimiento que él tiene de la situación.

Estos dos motivos determinan que sea preferible la opción de determinar la objetiva peligrosidad *ex ante* del intento en función de los conocimientos de la situación del autor, y de los conocimientos sobre las leyes causales de una persona media más los especiales que excepcionalmente aquél pudiera tener. Ahora bien, este criterio puede objetivarse un poco más si, partiendo de la *descripción* que el autor se hace a sí mismo de la situación, ésta se *valora* objetivamente. En efecto, una cosa es conocer o describir una situación, y otra distinta valorarla o interpretarla. Que el conocimiento de la situación sea el del autor no significa que tales conocimientos no puedan valorarse objetivamente. Por lo tanto, los hechos conocidos por el autor pueden *interpretarse* por una persona prudente de forma distinta a cómo lo hace él. Así, en el ejemplo de la bomba podemos admitir la variante de que la bomba se coloque en un sendero de montaña muy poco transitado. En este caso, una persona medianamente inteligente

viendo sólo dónde se coloca la bomba, aún sin comprobar si en el momento de la detonación pasa alguien, podría afirmar que es absolutamente improbable provocar alguna víctima. El espectador objetivo, conociendo los mismos datos de la situación que el autor, procedería a realizar una interpretación correcta de la misma.

Los argumentos expuestos hasta aquí permiten afirmar que el espectador imparcial debe valorar la viabilidad del intento de acuerdo con su interpretación de los hechos y con unos conocimientos nomológicos intersubjetivos (más los especiales del autor), pero observando el intento con los mismos datos sobre la situación que conoce el autor. De esta manera se facilita el castigo de conductas que objetivamente no es casi seguro ni muy probable que produzcan el resultado. Aunque no sea suficiente con la simple posibilidad de que ello suceda en casos en los que la lesión o la concreta puesta en peligro del bien jurídico aparecen como una consecuencia absolutamente improbable del intento.

En este orden de cosas, se ha visto en definitiva como la existencia o inexistencia de un peligro para el bien jurídico depende de la perspectiva desde la que la conducta sea juzgada. Si se recurre a un criterio *ex post*, tanto la tentativa idónea como la inidónea se muestran incapaces de hacer peligrar el bien jurídico. En cambio, si se opta por una valoración *ex ante*, tanto el autor de la conducta como un supuesto espectador objetivo podrían calificarla de peligrosa. Por consiguiente, toda tentativa punible debe estar caracterizada por una relación de causalidad potencial.

6. Distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea

Según la doctrina dominante la tentativa inidónea es aquella en la que *ex post* se demuestra que el intento era incapaz de llegar a la consumación desde un principio, lo que puede suceder por distintas causas (por inidoneidad del objeto, de los medios o de los sujetos)²⁴⁰. Es usual aseverar que en ella la conducta es peligrosa, aunque el bien jurídico no haya corrido ningún peligro. La actuación es peligrosa porque a nivel valorativo el juicio de peligro puede retrotraerse al momento del inicio de la ejecución,

²⁴⁰ MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 362 y ss.

por más que en su sustrato deban incluirse los conocimientos obtenidos *ex post* que un espectador objetivo hubiera podido tener *ex ante*.

Como se ha indicado, a propósito de la promulgación del CP de 1995 y hasta no hace mucho, un sector de la jurisprudencia se mostró vacilante en cuanto a la punibilidad de la tentativa inidónea. Aunque no faltaron ejemplos de pronunciamientos partidarios de su impunidad (STS de 28 de mayo de 1999), en la actualidad el debate está prácticamente resuelto a favor su punibilidad (STS de 21 de junio de 1999; 379/2000, de 13 de marzo; de 2 junio de 2000; 1124/2001, de 13 de junio; 1250/2002, de 5 de julio).

El elemento común a toda tentativa es que después de la realización del intento se pone de manifiesto que éste ha fracasado por alguna circunstancia. Por lo tanto, en la tentativa inidónea, al igual que sucede con la tentativa idónea, la conducta sólo es inadecuada a la luz de determinados datos sobre el hecho que el autor y el espectador imparcial únicamente podían conocer *ex post*. Así pues, lo específico de la tentativa inidónea es que *ex ante alguien* hubiera podido conocer la causa de inidoneidad del intento. Por ejemplo, en el caso de quien dispara con una pistola que ha sido descargada instantes antes por un tercero, *alguien* (el sujeto que la ha descargado) conocería *ex ante* la inidoneidad del intento, aunque a ojos del autor y del espectador objetivo sólo *ex post* la misma pueda ser evidente. Ese *alguien* en condiciones de conocer *ex ante* la inidoneidad del intento puede ser incluso la propia víctima, por ejemplo si es ésta quien ha descargado la pistola, o también si lleva un chaleco antibalas o si el coche en el que viaja está blindado. Por lo tanto, una de las diferencias con la tentativa idónea es que ésta falla por algún factor no cognoscible *ex ante* para *nadie*. Por ejemplo, si el autor no consigue dar en el blanco porque la víctima tropieza en el momento inmediatamente anterior a ser alcanzada por la bala, o si el banco en el que los coautores están realizando el atraco se derrumba antes de que salgan como consecuencia de un terremoto imprevisto. Se desprende de esto que la tentativa es idónea cuando la causa de inidoneidad no puede ser pronosticada con arreglo a las regularidades observadas en el desarrollo de los cursos causales²⁴¹.

²⁴¹ Del fin de protección de bienes jurídicos ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 8, deduce la imposibilidad de castigar tentativas no peligrosas: “una tentativa sólo debería ser castigada razonablemente cuando mediante una observación *ex ante*, ésta crea realmente un riesgo no permitido, esto es, es peligrosa. La regulación del Código penal alemán que, en principio, castiga también la tentativa inidónea no peligrosa es desde un punto de vista objetivo inadecuada”.

Naturalmente la aprehensión de las regularidades rectoras de los cursos causales está fuertemente condicionada por las limitaciones del conocimiento humano. En su estadio de desarrollo actual la ciencia no permite conocer todas las leyes de la experiencia empírica, ni por lo tanto prever con absoluta certeza y precisión cuáles van a ser las efectivas consecuencias de una determinada modificación del mundo sensible. Por eso sigue teniendo sentido confrontar el pronóstico acerca de un fenómeno incierto que hipotéticamente podría acontecer con la descripción de lo que efectivamente ha sucedido. En caso de que de antemano pudiera advertirse con absoluta certeza que el curso causal va a desarrollarse en los mismos términos en los que se ha previsto, no se estaría valorando el grado de probabilidad de que algo suceda por medio de una anticipación mental conformada a partir de un parcial conocimiento de la realidad, sino que se estaría describiendo lo que se sabe que va a suceder. Un ser omnisciente nunca afirmaría que una tentativa es idónea porque en su caso *ex ante* siempre podría conocer que el intento es inadecuado para producir el resultado pretendido. De esto se desprende que el espacio de la tentativa idónea se reduce a medida que se incrementa o perfecciona el conocimiento sobre las leyes empíricas. En el caso del banco que se derrumba durante la ejecución del robo, la tentativa sería inidónea si hubiera sido posible predecir con exactitud tanto el momento en que se produciría el terremoto como la intensidad del mismo.

Se desprende de esto que la distinción entre tentativa idónea e inidónea sólo tiene sentido mientras siga habiendo un momento de “azar” en el efectivo desarrollo del curso causal vaticinado. En caso contrario, como decía, podrían anticiparse todas las circunstancias que impiden a la tentativa acabar en consumación. En consecuencia, todas las tentativas serían inidóneas porque siempre habría *alguien* en condiciones de conocer *ex ante* la inadecuación del intento. Es decir, todos los datos conocidos *ex post* serían susceptibles de ser conocidos *ex ante* por algún sujeto, quién sabría qué es lo que ha de provocar el fracaso del intento. Y si ese *alguien* fuera un sujeto distinto del autor y el espectador objetivo, habría que afirmar la punibilidad del intento (tentativa inidónea). Esto significa que si podemos seguir hablando de tentativas idóneas es porque actualmente *nadie* puede ver en ellas *ex ante* la incapacidad de consumación que luego se corrobora. Sin embargo, un sector de la doctrina cuestiona la utilidad de la distinción entre tentativa idónea e inidónea con el argumento de que los *conocimientos*

posibles para alguien en los que aquélla se basa no inciden en si el intento es o no punible.

Todas estas consideraciones aconsejan abandonar la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea aceptada por un sector cada vez más minoritario de la doctrina. La tentativa absolutamente inidónea sería aquella inadecuada para producir la consumación en el caso concreto y además en cualquier otra circunstancia (p.ej., intentar matar a quien ha fallecido previamente). Mientras que la tentativa relativamente inidónea sería incapaz de causar el resultado en el caso concreto, pero no en otras circunstancias (p.ej. disparar a quien tropieza antes del impacto de la bala). Esta diferenciación no tiene sentido porque en el caso concreto la tentativa siempre será inidónea si concurren las circunstancias que convierten el intento en inadecuado. Para poder afirmar que en otro contexto el intento podría tener éxito, hay que variar las circunstancias del caso de manera que ya no se trate del mismo grupo de supuestos. Pero si abstraemos (eliminamos) todas las circunstancias que provocan la inidoneidad del intento, toda tentativa se convierte en idónea. En consecuencia, la decisión acerca de qué circunstancias mantener y cuáles suprimir en ese juicio hipotético es intrínsecamente arbitraria al carecer de cualquier justificación axiológica. En caso de que alguien intente provocar un aborto con infusiones de té, la tentativa irreal se convertiría en idónea si hacemos abstracción del té para afirmar que en otras circunstancias (si se empleara veneno) sería posible producir la muerte del feto. En suma, la diferenciación entre inidoneidad relativa y absoluta no es válida porque en el caso concreto ninguna tentativa es idónea y en abstracto -en otras circunstancias- toda tentativa puede serlo (incluso la tentativa irreal).

Cabe concluir entonces que la expresión “actos que objetivamente deberían producir el resultado” de la actual definición de tentativa contenida en el art. 16 CP no se refiere a actos que “en otras circunstancias” deberían producirlo, ni se remite por lo tanto a un juicio genérico en el que se haga abstracción de algunas de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (como de las que han determinado la inidoneidad del intento). Según se ha indicado, “en otras circunstancias” o en abstracto todos los intentos podrían haber acabado en consumación. Por ello es preferible entender que la definición legal engloba las circunstancias que *ex ante* aparecían en el caso concreto, aunque *ex post* se compruebe que realmente no concurrían.

Todo lo expuesto permite afirmar que la punición tanto de la tentativa idónea como de la inidónea se fundamenta político-criminalmente en la existencia de peligro para el bien jurídico protegido por el correspondiente tipo consumado. Los sectores contrarios a la punición de la tentativa inidónea plantean que su castigo vulneraría el principio de lesividad. Cabe subrayar al respecto que efectivamente en toda tentativa se demuestra la inadecuación del intento para alcanzar la consumación. Sólo cuando ésta se produce puede afirmarse que en el hecho concurrían todas las condiciones necesarias para que la lesión fuera posible. Por lo tanto, sólo en este supuesto puede hablarse de un riesgo concreto, real o empírico de lesión. Sólo en él la apariencia de peligro observada *ex ante* como posibilidad hipotética de lesión se ve confirmada o certificada como dato objetivo de carácter físico-naturalístico. En los restantes casos la lesión no era posible y, por lo tanto, el juicio de peligro se revela como un pronóstico equivocado.

Sin embargo, utilizar el concepto de peligro en el sentido de riesgo real y empírico aboca a la propia desaparición de la noción de peligro. Si éste sólo concurre cuando se produce la lesión, es decir, cuando sea posible determinar con arreglo a criterios físico-naturalísticos que causalmente la conducta ha tenido poder de resultado, no hablamos de peligro sino de lesión. Efectivamente, una vez hemos determinado que la conducta de disparar la pistola ha causado la muerte no decimos que se ha puesto en peligro la vida de la víctima, sino que ésta se ha lesionado. Se deduce de esto que sólo cabe contraponer el peligro de lesión con la lesión cuando esta última no se produce. Es decir, cuando la hipótesis de la lesión no se ve confirmada por el acontecer causal del hecho. Esto impide apreciar que la puesta en peligro sólo existe cuando la posibilidad de lesión es real o concreta por encontrarse corroborada por la experiencia empírica (esto es, por la lesión). Y obliga a entender que el juicio de peligro sólo significa apariencia *ex ante* de posibilidad de lesión (con independencia de que tal eventualidad se materialice luego en un resultado de lesión).

Sentado lo anterior, también en la tentativa inidónea la conducta es peligrosa. Es verdad que en ella esta apariencia de peligro existe para el autor y para el espectador objetivo, pero no para alguien que hubiera podido detectar todos los datos cognoscibles *ex ante*, entre ellos la causa de inadecuación. No obstante, si tanto en la tentativa idónea como en la inidónea se trata de meras apariencias de peligro, luego no confirmadas por

la lesión, no puede incidir en la gravedad de la infracción de la norma primaria la opinión de un espectador colocado en una posición *privilegiada* en virtud de la que accede a un grado de conocimiento *ex ante* superior al del autor y al de un espectador objetivo. Si se valora un intento fallido, poco sentido tendría premiar con la impunidad la ignorancia de una causa de inidoneidad que también hubiera sido desconocida *ex ante* por un espectador objetivo. Si bien no basta con el que el autor crea que intenta, es suficiente con que intersubjetivamente sea posible considerar racional el intento, es decir, creer que se está intentado. No resulta exigible entonces que cualquier persona estime adecuado el intento en el momento de actuar, de manera que los conocimientos *especiales* no inciden en el juicio de peligro si son superiores a los de un espectador objetivo colocado en la posición del autor.

En todo intento fallido tan sólo queda una apariencia *ex ante* de posibilidad de lesión y, por lo tanto, el bien jurídico-penal atacado nunca pudo realmente resultar lesionado en el caso concreto²⁴². Tal y como el intento se llevó a cabo no podía producir la consumación a la vista de todas las circunstancias del caso concreto. El único matiz es que en la tentativa idónea la causa que convertía en inidóneo el intento no podía ser pronosticada por nadie, al ser un factor ajeno a las regularidades que rigen los fenómenos físicos hasta ahora observadas; mientras que en la tentativa inidónea esa causa podía ser detectada *ex ante* por alguien con unos conocimientos especiales superiores a los del autor y a los de un espectador objetivo. Ahora bien, esta imposibilidad real de lesión que aqueja tanto a la tentativa idónea como a la inidónea no es óbice para su punición. Si la norma primaria pretende evitar la lesión de bienes jurídico-penales mediante una estrategia preventiva en la que se apela a la voluntad de sus destinatarios antes de que éstos hayan emprendido la conducta potencialmente

²⁴² De la experiencia se extrae que son generalmente peligrosas aquellas conductas que relativamente a menudo desembocan en el resultado. Por ello el peligro consiste en la posibilidad objetiva de un resultado lesivo, en la probabilidad generalmente válida de que éste se produzca. Así pues, el peligro implica un aumento de la probabilidad de lesión del bien jurídico. Según CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 196, para formular un concepto normativo de peligro, como probabilidad de lesión de un bien jurídico, “lo que nos interesa es un concepto ‘práctico’ de peligro que nos describa la relación entre el sujeto y su conducta, es decir, un concepto teleológico y no causal y, por lo tanto, incurso en una relación de medio a fin. Desde esta perspectiva, el juicio de peligro tiene como objeto no sólo la respuesta al pregunta teórica sobre si un determinado acontecimiento se producirá como consecuencia de un comportamiento y las circunstancias concurrentes, sino también la respuesta a la pregunta de si el suceso es un daño y a como se puede evitar ese daño. El ‘peligro’ no tiene una existencia independiente de una conducta situada en un determinado momento. El peligro es, por tanto, siempre calificativo de un comportamiento. Un comportamiento es peligroso cuando el autor no está en situación de evitar o impedir con seguridad un daño que tiene por posible”.

adecuada para menoscabarlos, es evidente que aspira a desplegar su eficacia *ex ante*. Esto es, en el momento en el que todavía es posible evitar la lesión. Esto permite afirmar que a través de las normas primarias pueden expresarse dos clases de imperativos: la prohibición de realizar actos capaces de producir el resultado de lesión; o el mandato de realizar actos capaces de evitar el resultado de lesión. Es posible considerar entonces que tanto en la tentativa idónea como en la inidónea concurren los presupuestos objetivos de la infracción de la norma primaria, puesto que en ambas modalidades delictivas existe apariencia intersubjetiva *ex ante* de posibilidad de lesión.

La infracción de la norma de determinación de conductas no se fundamenta entonces en la producción o no evitación de la lesión del bien jurídico, sino en la realización de una conducta que previsiblemente puede ocasionarla o no evitarla²⁴³. Dentro de esta estrategia preventiva desarrollada por el Derecho Penal en aras al cumplimiento de sus fines, la prohibición bajo amenaza de pena de la tentativa coadyuva en la protección de bienes jurídicos al reforzar la disuasión de emprender conductas que efectivamente puedan acabar lesionándolos. La prohibición penal de la tentativa resulta especialmente útil en aquellos casos en los que el autor no se representa el resultado del tipo consumado como una consecuencia casi segura de su actuación. En estos supuestos, de no ser punible la tentativa, el autor tendría menos incentivos para desistir del intento ya que podría llegar a la conclusión de que si logra la consumación, que es lo que pretende, pese a poder ser sancionado, al menos tendrá el consuelo de haber alcanzado su objetivo; mientras que si no tiene éxito, podrá compensar la decepción por el fracaso con la ausencia de castigo. La motivación que se consigue dirigiendo el mensaje a los potenciales autores de que pueden ser castigados aún en el caso de que no consigan su objetivo, se apuntala tanto con la prohibición de la tentativa idónea como de la inidónea.

7. La tentativa punible y los delitos de peligro consumados

Un sector de la doctrina compara el peligro para el bien jurídico-penal inherente a las modalidades punibles de tentativa con el propio de los delitos de peligro consumados. Bajo esta óptica la tentativa idónea crearía la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto. En este último no basta con la realización de una conducta peligrosa,

²⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 414 y ss.

sino que también debe producirse un resultado de peligro²⁴⁴. Sin embargo, la exigencia de un resultado de peligro no puede consistir en la comprobación de que concurre un peligro verdadero o empírico. Según se ha visto, la posibilidad de lesión sólo es real cuando ésta se produce. Así las cosas, tanto en los delitos de peligro concreto como en los delitos de peligro abstracto existe una apariencia de posibilidad de lesión, que luego (*ex post*) resulta no ser real porque, de no ser así, se habría producido la lesión. En ambos supuestos la modificación del mundo sensible consiste entonces en la efectiva realización de la conducta peligrosa.

Por ello la diferencia entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto estriba en que, en los primeros, adicionalmente se origina un resultado de proximidad empírica de la conducta peligrosa respecto de un bien jurídico-penal concretado en un objeto material, que entra en el radio de eficacia de la conducta²⁴⁵. Pero este ingreso de un bien jurídico-penal concretado en un objeto material en el ámbito de posible eficacia causal de la conducta también debe valorarse *ex ante*. Por lo tanto, en los delitos de peligro concreto ocurre lo mismo que en la tentativa idónea: se realiza una conducta peligrosa *ex ante* para un bien jurídico-penal concreto, el cual aparece *ex ante* dentro de su ámbito de posible eficacia causal. En consecuencia, sólo después de la realización de la conducta es posible comprobar que este bien jurídico realmente no estuvo dentro de su radio de eficacia causal, es decir, que no pudo ser lesionado. Así pues, en los delitos de peligro concreto el resultado de proximidad empírica del peligro para el bien jurídico concreto debe valorarse según las *aparentes* posibilidades de lesión. Es decir, la posibilidad de lesionar un bien jurídico concreto debe analizarse probabilísticamente en el momento en que se emprende la conducta. Cabe concluir entonces que la diferencia entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto radica en que en los primeros un bien jurídico concretado en un objeto material entra *ex ante* en el radio de posible eficacia causal de la conducta.

Paralelamente, esta corriente doctrinal sostiene que el tipo objetivo de la tentativa inidónea coincide con el de los delitos de peligro abstracto²⁴⁶. Se arguye en esta línea que en la tentativa inidónea, al igual que en los delitos de peligro abstracto, basta con la

²⁴⁴ MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal...”, pp. 1 y ss.

²⁴⁵ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general* (trad. Bustos Ramírez / Yañez Pérez), 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 93 y ss.

²⁴⁶ REYES ECHANDÍA, *La tipicidad...*, pp. 179 y ss.

peligrosidad *ex ante* de la conducta, sin que sea necesario además que un bien jurídico-penal concreto entre *ex ante* en su radio de posible eficacia causal²⁴⁷. Tanto los delitos de peligro abstracto, como la tentativa inidónea, implican un peligro *ex ante* en el caso concreto. Y además, el fundamento de la punibilidad de ambos tipos reside en que las conductas en ellos previstas suponen un peligro estadísticamente relevante, en el sentido de que pertenecen a una clase de conductas que frecuentemente producen la lesión del bien jurídico. Si en el caso concreto no la causan, en muchas ocasiones, es por un factor circunstancial difícilmente repetible. Por ejemplo, en relación con los delitos de peligro abstracto, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas puede ser que no haya ido acompañada de un resultado de lesión de la salud o la vida porque, casualmente o contra todo pronóstico, no había otros conductores en la vía en ese momento. Del mismo modo que en la tentativa inidónea la ausencia de un resultado de lesión puede deberse, por ejemplo, a que alguien que casualmente entró en la habitación descargó la pistola instantes antes de que el autor intentara matar con ella de un disparo.

Tanto en los delitos de peligro abstracto como en la tentativa inidónea puede decirse entonces que la conducta es peligrosa²⁴⁸. En el caso de la tentativa inidónea, un espectador objetivo que conociera el plan criminal del autor antes de su iniciación, advertiría suficiente peligro en el intento. Nada haría pensar a un espectador objetivo que algo podría fallar, a pesar de que alguien hubiera podido saber o supiera en el momento en que empieza la ejecución (*ex ante*) que era imposible producir la consumación (el que descarga la pistola sabe que ésta deja de ser en ese estado un medio idóneo para matar de un disparo). En estos casos, aunque *ex ante* fuera

²⁴⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 131 y ss.

²⁴⁸ En palabras de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal...*, p. 378, “si la producción del resultado concreto era objetivamente imprevisible y pese a todo la acción acaba causando ese resultado, éste no se imputa a la acción porque no es precisamente obra suya, sino fruto del azar. La previsibilidad objetiva del resultado se juzga a priori, en el momento de actuar, conforme al baremo del hombre medio ideal, e implica un cierto grado de posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado”.

La posibilidad de prever la causación del resultado ha de existir *ex ante*, con los datos conocidos y cognoscibles en el momento de la conducta. Por lo tanto, la imputación objetiva no puede afirmarse en base a un “pronóstico posterior” al hecho, el cual se retrotraiga a la conducta, pero con los datos conocidos *ex post*. Como indica el autor, lo que cuenta es la previsibilidad objetiva o general, pues “lo decisivo es si el hombre medio ideal (o el buen profesional o experto en caso de actividades especiales), inteligente y cuidadoso, colocado en la posición del autor y con los conocimientos de éste, hubiera podido prever que la acción causaría un resultado así. Por tanto, los especiales conocimientos que pueda tener el sujeto concreto se le añaden a los conocimientos empíricos y nomológicos –sobre leyes naturales– del hombre medio ideal y de ahí deriva lo que objetivamente era posible prever al actuar; en cambio, la menor capacidad o conocimiento del sujeto concreto no le restan los suyos a ese ‘hombre medio ideal’”. *Ibidem*. p. 378.

cognoscible o incluso conocida por alguien la circunstancia que determinaba la inidoneidad del intento, no cabe duda de que el bien jurídico ha sido objeto de un ataque estadísticamente peligroso. Más adelante se abundará en la idea de que, para advertir similitudes entre, por un lado, la tentativa idónea e inidónea y, por otro, los delitos de peligro concreto y abstracto, es necesario reconocer que estos últimos tutelan siempre, aunque sea de forma mediata, un interés individual; y que, en esta medida, aunque se dirijan primariamente a la protección de un bien jurídico supraindividual, implican un cierto adelantamiento de las barreras de protección.

Las diferencias señaladas entre la tentativa idónea y la inidónea, aunque permiten establecer paralelismos entre, respectivamente, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, lo cierto es que no habilita para afirmar que en la primera (ni en los delitos de peligro concreto) el peligro sea más real, ni tampoco que el peligro aparente sea más intenso que en la segunda (o en los delitos de peligro abstracto). Esta distinción no tiene por qué comportar una menor necesidad de castigo de la tentativa inidónea al poder ser superior en ésta la probabilidad de lesión que en la tentativa idónea. En efecto, una tentativa inidónea (o la conducta de un delito de peligro abstracto) puede ser *ex ante* más peligrosa que una tentativa idónea (o que la conducta de un delito de peligro concreto). La conducta consistente en hundir una embarcación con la intención de matar a sus tripulantes, quienes casualmente no se encuentran en la misma en ese momento (tentativa inidónea) es *ex ante* más peligrosa que aquella que provoca un hundimiento más lento y que por ende permite escapar a los ocupantes (tentativa idónea).

Se ha visto entonces que el peligro *ex ante* no seguido de un efectivo poder de resultado propio de la consumación es la única clase de peligro que concurre en todas las clases de tentativa punible. Ningún intento que fracasa podía, en el caso concreto, tener éxito, es decir, producir la consumación. No puede decirse entonces que la tentativa idónea implica un peligro real o concreto, ni que la inidónea entraña un peligro abstracto o estadístico. En el caso concreto, todas las tentativas punibles son *ex ante* peligrosas, aunque *ex post* todas ellas se revelen incapaces de consumación. En la tentativa inidónea el peligro aparente no tiene por qué ser inferior al de la tentativa idónea y, por lo tanto, pueden advertirse en ella suficientes posibilidades de lesión como para que esté justificada la imposición de una pena. Lo relevante en esta modalidad de

tentativa es que, de haber sido correctos los datos que el autor tenía de la situación, se habría producido la consumación.

8. Determinación del marco penal de la tentativa

En la tentativa procede imponer una pena inferior que la prevista para la consumación porque en ella el grado de afectación del bien jurídico es menor. En la consumación la conducta se revela más lesiva por cuanto demuestra ser causalmente adecuada para producir el resultado. La necesidad de reaccionar con una pena no es la misma si pasa algo que si no pasa nada o si pasa algo menos grave. Por lo tanto, desde la óptica de la prevención, la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma es superior en la consumación. Establece el art. 62 CP que corresponde imponer a los autores de tentativa la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para la consumación en función “del peligro inherente al intento” y del “grado de ejecución alcanzado”. Esta disposición ofrece criterios más flexibles en comparación con los contenidos en el CP de 1973 ya que en principio los jueces pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados ante cualquier clase de tentativa punible.

La doctrina ha atinado en observar que este doble parámetro se vincula en realidad a una misma circunstancia del hecho: a la peligrosidad de la conducta. El criterio punitivo del “grado de ejecución alcanzado” se refiere al carácter acabado o inacabado de la tentativa, el cual es relevante cuando puede configurarse como un indicador del peligro generado por la conducta. Por lo tanto, ambos criterios descansan en el principio de ofensividad (STS 693/2015, de 7 de noviembre; 191/2016, de 8 de marzo). Esta reconducción de los dos cánones interpretativos a la peligrosidad de la conducta responde a varios motivos. Si la gravedad de todas las modalidades punibles de tentativa depende únicamente de las posibilidades de lesión advertidas en el momento en que se emprende el intento, la gravedad de la pena únicamente puede condicionarse a esta circunstancia del hecho para dar cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Ahora bien, la progresión en la ejecución no implica en sí misma una mayor probabilidad de resultado. Puede suceder que un intento inacabado sea más peligroso que un intento en el que el sujeto ha finalizado su aportación al plan criminal. Esto explicaría que este dato tan sólo sea relevante cuando permita inferir una

mayor adecuación *ex ante* de la conducta²⁴⁹. De hecho normalmente cuantos más tramos del plan criminal se han ejecutado más cerca se ha estado de la consumación. Pero esto puede no ser así en algunos casos, como sucede con la tentativa inidónea, en la que la progresión de la ejecución no aumenta las posibilidades reales de lesión del bien jurídico porque éstas eran inexistentes desde un primer momento. Por lo tanto, como decía, el carácter acabado o inacabado del intento sólo puede ser relevante cuando redunde en un aumento *ex ante* de las posibilidades de lesión. Bajo esta perspectiva la prosecución de la ejecución sí que puede denotar una mayor capacidad de resultado de la conducta.

También el TS establece la frontera mínima de punición en función de la idoneidad del intento y, en consecuencia, entiende que la tentativa irreal queda excluida del tipo penal de la tentativa (STS 1165/2010, de 26 de noviembre).

Sin embargo, una tentativa acabada puede ser menos peligrosa que una tentativa inacabada. Imaginemos que en un caso el autor ata la víctima a un árbol para dejarla morir de inanición (tentativa acabada). Y que en otro pretende matarla de un disparo a escasa distancia y con una pistola recién comprada, pero la bala se encasquilla en el último momento (tentativa inacabada). Desde un punto de vista *ex ante* no puede decirse que la primera conducta sea objetivamente más peligrosa que la segunda. Las posibilidades de salvación de la víctima son muy superiores si se pretende matarla dejándola morir de inanición, puesto que pueda que consiga soltarse, que alguien que pase por ahí la socorra, etc. En cambio, en el otro supuesto es mucho más improbable que algo falle, es decir, que no pueda producirse la consumación. Por lo tanto, en el primer caso, a pesar de haber finalizado la ejecución, no estaría justificado que la pena fuera más grave que en el segundo. Por otro lado, si el autor no consigue atar a la víctima al árbol porque ésta escapa justo en el momento en que iba a ser maniatada (tentativa inacabada), sin ser esta causa de inidoneidad *ex ante* objetivamente previsible, el grado de ejecución no repercute en la gravedad del intento, por cuanto la no finalización efectiva de la realización del plan criminal no determina una menor probabilidad de resultado en el momento de actuar.

²⁴⁹ Como exponen MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 421 y ss., tanto la tentativa idónea como la inidónea tienen la característica común de que en ellas se inicia la fase ejecutiva del delito con la apariencia de objetiva de peligrosidad *ex ante* de la conducta para el bien jurídico. Por el contrario, en la tentativa irreal la conducta no es ejecutiva porque la causa de inidoneidad puede ser apreciada *ex ante* por un espectador objetivo (p. ej. intentar derribar un avión lanzando piedras).

Se ha dicho que las dos reglas legales para la determinación de la pena de la tentativa se refieren a una misma circunstancia del hecho, esto es, a aquella de la que depende la gravedad de su injusto (de su apariencia de peligrosidad)²⁵⁰. Y que ésta no siempre tiene por qué ser menor en la tentativa inacabada que en la acabada. Sentado lo anterior, tampoco en la tentativa inidónea las probabilidades de consumación tienen por qué ser suficientemente menores como para rebajar la pena en dos grados. La conducta es menos probable que produzca el resultado cuando aparece como menos adecuada o peligrosa. Pero esto no significa que en la tentativa inidónea las posibilidades de lesión sean inferiores que en la idónea. Que un concreto bien jurídico entre en el radio de eficacia de la conducta es una circunstancia que en muchas ocasiones depende del azar y que, por lo tanto, no siempre incrementa la gravedad del intento. En el ejemplo del intento de dejar morir a la víctima de inanición, un concreto bien jurídico (la vida de la víctima) entra realmente en el radio de eficacia de la conducta, lo que convierte la tentativa en idónea, pero no puede decirse que *ex ante* esta actuación sea más peligrosa que si se intenta matar a la víctima de un disparo a escasa distancia y con una pistola nueva, aunque este intento sea inidóneo desde un primer momento porque el arma no funcionaba.

Algunos de los recientes pronunciamientos del TS parecen ir en la dirección contraria al analizar el peligro generado por el intento desde una perspectiva *ex post*. Se postula como parámetro general la necesidad de reducir la pena en un grado cuando la tentativa es idónea y en dos cuando es inidónea (SSTS 6393/2015, de 7 de noviembre; 1180/2010, de 22 de diciembre; 301/2011, de 31 de marzo; 411/2011, de 10 de mayo; 796/2011, de 13 de julio).

Pues bien, la conclusión es que en una tentativa inacabada de carácter inidóneo el merecimiento de pena puede ser superior que en una tentativa acabada de carácter idóneo. Y, en consecuencia, si los dos criterios legales del art. 62 CP se refieren a la peligrosidad *ex ante* del intento, y ésta no depende de si está acabado o inacabado ni de si es idóneo o inidóneo, la clase de tentativa no predetermina la decisión acerca de si procede atenuar la pena en uno o dos grados. Algunos supuestos de tentativa inidónea denotan una gran peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico. Por ejemplo, si se dispara

²⁵⁰ Puede darse una rebaja de la pena en dos grados en casos de tentativa acabada, así como de un único grado en casos de tentativa inacabada, como razona ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *RDPC*, nº 5, 2011, pp. 15 y ss.

contra la víctima que lleva un chaleco antibalas, la apariencia de peligro es muy elevada pese a que luego se corrobore que la conducta era causalmente inadecuada desde el inicio de la ejecución.

Se admite expresamente la posibilidad de rebajar la pena en un único grado en casos de tentativa inacabada e inidónea en la STS 1060/2003, de 21 de julio, a propósito de un supuesto en el que el acusado arrebató a un agente policial su arma reglamentaria, una pistola semiautomática en perfecto estado para disparar, con varias balas en el cargador y una en la recámara, le apunta con ella a la escasa distancia de un metro, le dice “voy a matarte” y aprieta el gatillo, no saliendo el disparo porque el mecanismo de seguro estaba activado. Se justifica la atenuación en un solo grado por la circunstancia de que el acusado realizó desde su posibilidad todos los actos que objetivamente deberían haber producido el resultado. El peligro inherente a la conducta se valora de este modo como aptitud para ocasionar el resultado desde una perspectiva *ex ante* según el criterio de un espectador objetivo, no como estado de peligro real en el que se sitúa el bien jurídico, que puede ser nulo en supuestos de tentativas valoradas *ex post* como inidóneas.

Si la gravedad de la tentativa depende únicamente de la objetiva previsibilidad del resultado advertida antes del inicio de la ejecución, es posible afirmar que la circunstancia de que se produzca un resultado de peligro concreto no agrava la infracción objetivo-subjetiva de la norma de conducta en la que se basa el injusto (SSTS 1180/2010, de 22 de diciembre; 301/2011, de 31 de marzo; 411/2011, de 10 de mayo; 796/2011, de 13 de julio)²⁵¹. Desde un punto de vista *ex post*, el efectivo desarrollo causal del hecho pone de manifiesto la ineptitud del intento tanto en la tentativa idónea como en la inidónea. Si la rebaja de la pena en dos grados se condiciona a la circunstancia de que la causa de inidoneidad fuera cognoscible o conocida por alguien, el sujeto no podría saber qué castigo le corresponde hasta después de la realización del intento, lo que supondría introducir un factor de incertidumbre en el sistema no justificado. Y además la gravedad del castigo dependería de un dato sobre el hecho no enteramente dependiente de la voluntad del sujeto (que alguien pueda conocer *ex ante* la inidoneidad del intento), el cual además no influye en la gravedad de la infracción de la norma de conducta.

²⁵¹ En los últimos años ha sido puesto en entredicho tanto la autonomía sistemática como la capacidad de rendimiento axiológico del concepto de injusto que maneja la doctrina, lo que ha llevado a algunos sectores a renunciar a su unidad de contenido para la totalidad de instituciones del sistema del Derecho Penal. De forma más exhaustiva, SILVA SÁNCHEZ, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret*, n° 3, 2014, pp. 2 y ss.

Como apuntaba, en algunos de sus pronunciamientos la jurisprudencia se distancia del planteamiento esbozado al considerar que en casos de tentativa inidónea procede rebajar siempre la pena en dos grados. Se entiende de esta manera que los módulos relativos al “grado de ejecución alcanzado” y al “peligro inherente al intento” del art. 62 CP se refieren también a la peligrosidad *ex post* y que ésta sería menor cuando se demuestre que la actuación era inadecuada para producir el resultado desde una perspectiva causal, no de carácter hipotético, sino efectiva (así se expresa claramente en las SSTS 622/2000, de 18 de marzo; 379/2000, de 13 de marzo; 755/2000, de 4 de mayo; 939/2000, de 1 de junio; 1284/2000, de 12 de julio; 1574/2000, de 9 de junio; 1437/2000, de 25 de septiembre; SAP Madrid 70/2016, de 9 de febrero).

Se refutan de esta forma los tres trinomios aceptados por amplios sectores de la doctrina: entre tentativa idónea/ tentativa acabada/ rebaja en un grado y entre tentativa inidónea/ tentativa inacabada/ rebaja en dos grados. De una forma cada vez más mayoritaria, la jurisprudencia sigue criterios similares a los expuestos, en el sentido de reservar la atenuación de la pena en dos grados para aquellos casos en los que el intento muestre una aparente capacidad de resultado realmente inferior. Esto se ha traducido en una aplicación residual de la reducción en dos grados que se pone de manifiesto en resoluciones judiciales que la rechazan pese a ser la tentativa inacabada o inidónea (STS 539/2014, de 2 julio).

En la resolución antes mencionada (STS 1060/2003, de 21 de julio) se razona con muy buen criterio acerca de los motivos por los que la tentativa inidónea entra dentro del ámbito de la tentativa punible. Se empieza señalando que actualmente sería superflua una norma equivalente al art. 52.2 del Código Penal anterior, mediante el que se sancionaban como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, por cuanto el art. 16 del texto vigente redefinió el concepto de tentativa al añadirle la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”). Objetivamente significaría que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, “objetivamente” considerados, deben ser “racionalmente aptos para ocasionar el resultado”. Esto se concretaría en que, para una persona media situada en el lugar del autor con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados “deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común”.

En consecuencia, “deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, ‘objetivamente’ valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el

resultado típico (de lesión o de peligro)”. Se estima que en estos casos la intervención penal está justificada porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una conducta inserta en la órbita del tipo y utilizando un medio generalmente idóneo, aún cuando no lo haya sido en el caso concreto: “sostener la concepción contraria afirmando desde una perspectiva *ex post* que el resultado no podía producirse dada la acción del seguro, que el acusado no retiró por desconocer que se encontraba accionado, y sosteniendo en consecuencia la impunidad de esta acción equivaldría, prácticamente, a la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción”.

La objetividad requerida *ex lege* para los actos de ejecución que deberían producir el resultado debe ir referida a su adecuación intersubjetiva para alcanzar la consumación, porque el autor no debe ser observado como un ser individual, sino como un ser social, lo que obliga a analizar el significado de la conducta según su nocividad para el entorno social en el que tiene lugar. Y en ese entorno tanto las conductas de la tentativa irreal como las del delito putativo no son comunicativamente relevantes desde el prisma del Derecho Penal²⁵².

Como pone de relieve la jurisprudencia, la disminución de la consecuencia jurídica por la no producción del resultado típico en casos de imperfecta comisión del delito a cuya ejecución se da principio encuentra su fundamento último en el principio de proporcionalidad (STS de 11 de abril de 2000).

De acuerdo con el discurso aquí defendido, lo más coherente es entender que las expresiones “objetivamente”, “peligro inherente al intento” y “grado ejecución alcanzado” se refieren a la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta, a que el plan o la actuación del autor son, “objetivamente” considerados, racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Esto sugiere claramente: primero, que la tentativa inidónea es punible; segundo, que en la tentativa inidónea la gravedad de la infracción del imperativo es la misma que en la tentativa idónea. Refuerza estas aseveraciones el contexto político-criminal que propició cada una de las regulaciones a las que se ha aludido. En el CP de 1973, cuyo origen se remonta a la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933, la punición de la tentativa inidónea se basaba fundamentalmente en

²⁵² En el caso del delito putativo, es irrelevante que la conducta sea idónea en relación con el fin perseguido porque éste no se encuentra entre los fines desvalorados por el Derecho Penal. Por lo tanto, la conducta no ejecuta ningún tipo de delito. Al respecto, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 221 y ss.

la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado a través de la realización de la conducta (STS 648/1996, de 4 de octubre). Esta concepción se abandonó con el actual CP, puesto que ni el art. 62 - heredero del antiguo art. 52 - ni el art. 16 quieren contribuir a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor como motivo de la decisión punitiva.

En consonancia con ello, con la regulación actual la intervención penal en la tentativa inidónea está plenamente justificada porque en ella el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una conducta que no resulta ajena a la órbita del tipo por haber utilizado medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La doctrina jurisprudencial mayoritaria confirma este punto de vista al remarcar que “toda tentativa en la que la realización del tipo no sea dependiente de la mera imaginación del autor, sino de un plan objetivamente racional, es punible en el Derecho vigente” (STS 630/2004, de 18 de mayo).

Se ha visto como el objetivo peligro *ex ante* para el bien jurídico es una característica esencial del hecho en virtud de la que se delimita la frontera a partir de la cual el Derecho Penal puede empezar a intervenir, y constituye por lo tanto el criterio central para distinguir las tentativas punibles (tentativas idóneas e inidóneas) de las impunes (tentativas irreales o supersticiosas y delitos putativos)²⁵³. De hecho tanto en la tentativa idónea como en la inidónea se da en cierta medida un error de tipo al revés sobre el efectivo desarrollo causal del hecho. Sobre esta base se ha postulado que los módulos relativos al “grado de ejecución alcanzado” y “al peligro inherente al intento” establecidos en el art. 62 CP para la determinación de la pena de la tentativa se refieren en realidad a la previsibilidad de producción del resultado del delito consumado. Pero este análisis no quedaría completo sin una referencia al otro gran criterio limitador de la punibilidad, el que dimana de la distinción entre la tentativa punible y los actos

²⁵³ Como observa HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, p. 134, “el criterio de la lesividad comprende no sólo acciones que, efectivamente, lesionen dichas esferas [de libertad de los ciudadanos], sino también aquellas que las ponen en peligro a través de comportamientos con aptitud para afectar su seguridad y, por tanto, defraudar las expectativas de confianza que la norma ofrece a través de su institucionalización. Desde esta perspectiva, el criterio del peligro o riesgo puede considerarse como un parámetro de gradación del quebrantamiento de la expectativa de conducta en el caso concreto. Para ello, como criterio de enjuiciamiento del peligro, se asume la perspectiva *ex ante* objetiva, es decir, la que sitúa a un espectador ideal en el lugar en que actuaba el agente, dotado de los conocimientos medios más los especiales de los que dispusiera éste. En suma: en el Derecho penal, la seguridad de los bienes jurídicos es el ‘código de comunicación socialmente relevante’, de manera que el carácter penal de una conducta estará sujeto al riesgo que genere para aquéllos, apreciados desde una visión *ex ante* objetiva”.

preparatorios. En efecto, del mismo modo que una conducta objetivamente no adecuada para menoscabar el bien jurídico protegido por el correspondiente tipo de delito no puede ser castigada, en general tampoco lo puede ser aquella que no da principio a la ejecución del mismo. Esto significa que una conducta, por más aptitud para lesionar el bien jurídico que revele, en general no podrá ser sancionada penalmente si no inicia la realización del tipo de la tentativa.

Debe advertirse que la decisión que se adopte en cuanto a la mayor o menor gravedad del castigo del delito de tentativa frente al delito consumado, está íntimamente ligada, no sólo a los criterios que fundamentan la punibilidad de ambas infracciones, sino del injusto penal en general. En función de ello los sistemas legales pueden decantarse por diversas opciones, como sancionar por igual la tentativa y la consumación, o asignar una pena menor a la tentativa con carácter obligatorio o facultativo. Las teorías subjetivas acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa, tenderán a defender que ésta merece la misma punición que la consumación porque en ambos casos la intención delictiva puede manifestarse completamente. Por el contrario, quienes ven en la objetiva protección de bienes jurídicos la razón de ser del castigo de la tentativa, están en disposición de defender un menor castigo para la misma con el pretexto de que el interés objeto de protección no ha sido lesionado sino simplemente puesto en peligro. Ahora bien, la reducción punitiva de la tentativa también puede explicarse desde la perspectiva de un sistema basado en la objetiva protección de bienes jurídicos, de carácter marcadamente normativo, en virtud del cual se estime que en ambas figuras el merecimiento de pena es el mismo, aunque en la consumación las necesidades de pena sean superiores.

Si lo que fundamenta el injusto penal es la infracción de una norma de conducta, esto es, la defraudación de una expectativa social a través del ejercicio de un rol social de forma diversa a la esperada, la producción del resultado del tipo consumado, en sentido naturalístico o normativo, no añade nada a la gravedad del injusto. Desde esta perspectiva, las consecuencias *ex post* de la conducta no repercuten en el merecimiento de pena al depender el efectivo desarrollo causal del hecho del azar o, más atinadamente, de circunstancias objetivamente no perceptibles en el momento de actuar, es decir, en el momento de decidir si se ha cometido o no la infracción de la norma de conducta contenida en la norma primaria. Esto es así con independencia de la forma de

caracterizar el resultado de la conducta, toda vez que éste siempre va referido a los efectos *ex post* de la misma. Es decir, con independencia de que el resultado se conciba en sentido naturalístico como modificación del mundo físico-sensible, o en sentido normativo como lesión o efectiva puesta en peligro de alguno de los objetos materiales en los que se puede corporeizar el bien jurídico. En relación con esta última acepción del concepto de resultado, procede precisar que ni siquiera en los delitos de lesión el bien jurídico se destruye en cuanto tal, en atención a que el mismo sigue existiendo como interés valorado socialmente: por ejemplo, no por matar o robar se destruyen la vida o el patrimonio como intereses esenciales de la vida en comunidad, en la medida que éstos continúan existiendo como valores considerados acreedores de protección penal. Por lo tanto, en todas las clases de tipos que lo exigen, el resultado *ex post* va referido a la lesión o efectiva puesta en peligro de alguno de los objetos físicos en los que se materializa el bien jurídico (por ejemplo, el medio ambiente como bien jurídico-penal puede materializarse físicamente en la salubridad de las aguas o la pureza del aire, que es lo único que realmente puede ser lesionado o puesto en peligro).

Por lo tanto, los bienes jurídicos, pese a configurarse valorativamente, disponen de una base ontológica, en el sentido de que se apoyan en una realidad empírica al ser esto lo único que físicamente puede ser alterado por la conducta (nivel físico). En otras palabras, el objeto material del delito es la realidad sobre la que naturalísticamente recae la actuación del sujeto. En cambio, en el terreno lógico-conceptual la existencia de los bienes jurídicos puede ser en abstracto refutada o negada (nivel metafísico), pero no lesionada o puesta en peligro. Así las cosas, la modificación del mundo exterior que, de modo potencial o efectivo, dimana de la conducta nada dice en orden a la validez abstracta del bien jurídico, puesto que a nivel metafísico lo determinante es la valoración (positiva) que se efectúe del mismo, la cual no se ve alterada por el hecho de que su sustrato material haya sido destruido o puesto en peligro.

Pues bien, con independencia de la forma de conceptualizar el resultado por la que se opte, lo relevante ahora es que el mismo no incide en la gravedad de la infracción de la norma de conducta. Esto habilita para afirmar que el primer requisito de la imputación objetiva, relativo a la creación de un riesgo indebido para el bien jurídico a través de una conducta que lo ataca, es el común a todo tipo de injusto penal. De este modo, tanto en la tentativa como en la consumación la norma de conducta infringida es la misma y,

al ser esta la única circunstancia que fundamenta el injusto, en ambos tipos el merecimiento de pena es el mismo. Expresado en otros términos, por sí misma la tentativa expresa completamente la infracción de la norma de conducta en la que se fundamenta el juicio de desaprobación sobre el hecho, de manera que a su alrededor puede confeccionarse el modelo general de injusto penal desde la óptica de la imputación objetiva. En consecuencia, si los efectos *ex post* de la conducta no agravan el injusto, la operación lógica a realizar no consiste en justificar la menor punición de la tentativa respecto de la consumación, sino la mayor sanción de ésta frente a aquella, lo que sólo se presenta como una cuestión problemática en relación con los delitos de resultado consumados, dolosos o imprudentes, al ser éstos los únicos en los que estructuralmente el tipo exige la lesión o concreta puesta en peligro de uno de sus posibles objetos materiales.

En este orden de cosas, si la realización de una conducta probabilísticamente capaz de producir el resultado es lo que fundamenta la imputación objetiva, la realización del riesgo advertido *ex ante* en un resultado *ex post* sólo es un presupuesto del tipo objetivo de los delitos de resultado consumados, pero no como elemento del injusto, sino como condición objetiva de punibilidad. Esto implica proponer una revisión de la teoría de la imputación objetiva, en la medida que ésta sólo vaya referida a la creación de riesgos jurídico-penalmente desaprobados por sumir la incolumidad del objeto material del delito en un estado de incertidumbre penalmente relevante o no permitido. La razón de la inclusión de esta condición objetiva de punibilidad dentro de la estructura de algunos tipos podría responder a razones de necesidad de pena, en tanto que, entre todos los hechos que merecen una pena, la necesitan más aquellos que lesionan o ponen en peligro alguno de los objetos materiales del delito (resultado en sentido normativo) ya que en estos casos la perturbación que la conducta causa en la comunidad puede ser superior, al ser socialmente más trascendente o comunicativamente relevante, lo que obligaría reforzar la eficacia preventiva de la amenaza de la pena a través de una reacción penal cualificada.

Desde el punto de vista de la gravedad de la conducta, no existe ninguna diferencia, por ejemplo, entre quien dispara con la intención de matar a la víctima y falla, y quien con la misma finalidad logra darle muerte. En ambos casos, la producción o no del resultado es una simple causalidad, por lo que su presencia no agrava el contenido de

injusto del hecho. Ahora bien, como se ha señalado, defender que en ambos casos la infracción de la norma de conducta es la misma en términos cualitativos y cuantitativos, no lleva a afirmar que en ellos la intervención penal deba ser idéntica, a diferencia de lo que sucede con las teorías exclusivamente subjetivas en torno a la punibilidad de la tentativa. De este modo puede justificarse adecuadamente la reducción de la pena imponible en concepto de tentativa prevista en el Derecho positivo.

En cuanto a la cuantificación de la punibilidad de las distintas clases de tentativa, estimo erróneo considerar que el peligro nace con la aparición de la intención delictiva o con el inicio de la ejecución y que crece progresivamente a medida que la conducta se acerca a la consumación, de manera que desde el comienzo de la tentativa la entidad del castigo deba ir incrementándose en tanto que la actuación desplegada se aproxime al momento de la efectiva lesión del interés tutelado. Desde un punto de vista *ex post*, la conducta de ninguna tentativa, ni siquiera de la idónea, se aproxima a medida que se desarrolla a la lesión del bien jurídico, puesto que ésta no se acaba produciendo. Por consiguiente, tanto en las tentativas acabadas como en las inacabadas, idóneas o inidóneas, el acercamiento de la conducta a la lesión del bien jurídico es nulo desde un punto de vista causal. Así pues, el progreso en la ejecución del plan criminal no puede determinar por sí mismo un mayor castigo de la tentativa acabada frente a la inacabada, en la medida que la segunda puede ser *ex ante* objetivamente más peligrosa que la primera. De la misma manera, no puede afirmarse que en la tentativa idónea el peligro corrido por el bien jurídico es *ex ante* objetivamente superior que en la inidónea.

Las consideraciones vertidas permiten postular que los delitos de peligro son estructuralmente idénticos, en su vertiente objetiva, al delito de la tentativa (en su vertiente subjetiva guardan más similitudes con el delito imprudente). En ambos casos, el legislador sanciona la conducta por entender que constituye una indebida forma de ataque al bien jurídico, aun cuando no llega a lesionarlo. Al ser éste el único requisito fundamentador de la parte objetiva del injusto, la consumación no aporta ningún elemento adicional que justifique un nivel de reproche superior al inherente a la tentativa. Ello se muestra además coherente con la conclusión alcanzada en apartados precedentes según la cual la tentativa conforma un delito completo e independiente del delito consumado.

IV. Estructura del tipo de la tentativa

1. Tipo objetivo en la tentativa

1.1. Planteamiento del debate

Se acepta comúnmente que antes del inicio de la ejecución del tipo consumado los actos externos realizados sólo pueden ser preparatorios de la ejecución. Por lo tanto, la tentativa surge cuando la conducta inicia la ejecución del tipo consumado. Tradicionalmente en España, entre la tentativa y la consumación, se distinguía la frustración²⁵⁴. Mientras que la tentativa comenzaba con la ejecución pero sin que se realizaran todos los actos necesarios para completarla por causas distintas de la voluntad del sujeto; en la frustración se realizaban todos los actos de ejecución necesarios, sin que ello diera lugar a la producción del resultado del tipo consumado, por lo que se consideraba un intento acabado fallido²⁵⁵. El Código Penal vigente prescinde de esta distinción, de modo que actualmente tanto el intento inacabado como el acabado fallido quedan comprendidos dentro del concepto legal de tentativa²⁵⁶. En consecuencia, éste incluye desde el comienzo de la ejecución hasta su terminación sin consumación. Esto permite afirmar que el tipo de la tentativa abarca la ejecución parcial o total no seguida de consumación, más la voluntad de consumación y la ausencia de desistimiento voluntario. Para una parte de la doctrina la ausencia de desistimiento voluntario conforma un elemento negativo del tipo de la tentativa.

Tanto si se considera una causa de exclusión del tipo como una causa de exclusión de la antijuridicidad, la impunidad del desistimiento voluntario se extiende a los partícipes en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Sin embargo, no pasa lo mismo si se estima que el desistimiento voluntario conforma una causa de exclusión o supresión de la pena de naturaleza atípica²⁵⁷.

²⁵⁴ Vid. GILI PASCUAL, “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito”, en *InDret*, nº 2, 2012, pp. 6 y ss.

²⁵⁵ Para una explicación de las razones del abandono en el Derecho Penal español de la distinción entre tentativa y frustración, puede consultarse MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 419 y ss.

²⁵⁶ La doctrina conviene unánimemente en esta afirmación. Por todos, MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal...”, pp. 1 y ss.

²⁵⁷ Abunda en ello, HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 97 y ss. Vid. también la posición de MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 365 y ss.

Cuando el sujeto desiste voluntariamente la pena deja de ser necesaria desde el punto de vista de los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, al no haberse frustrado la finalidad perseguida con la prohibición de la conducta peligrosa, esto es, la evitación de la lesión del bien jurídico. Asimismo, el desistimiento voluntario determina que el hecho no merezca ser penado al producirse una reversión imputable de la puesta en peligro creada por la tentativa. De la misma forma que el riesgo jurídicamente desaprobado ha de ser objetivamente imputable al autor, la inversión de este peligro también se le debe poder atribuir. Al ser el peligro generado para el bien jurídico la base del injusto de la tentativa, la reversión o anulación del mismo fundamenta la impunidad del desistimiento. Para justificar que quién debe desistir es el autor de la tentativa y no otra persona, el desistimiento ha de concebirse como el cumplimiento de un deber por parte de quién inició los actos ejecutivos²⁵⁸.

Sentado lo anterior, los principales problemas que suscita el tipo objetivo de la tentativa son dos, referidos respectivamente a su límite mínimo (el comienzo de la tentativa) y a su límite máximo (la terminación de la tentativa). En relación con el primero, la delimitación del comienzo de la tentativa marca la frontera general entre las conductas punibles y las impunes. Esto es así porque las fases anteriores a la ejecución, en general, son impunes, mientras que la tentativa es generalmente punible²⁵⁹. En cuanto al segundo de los problemas planteados relativo al final de la tentativa, debe establecerse el momento en el que se realizan todas las circunstancias del tipo consumado. Ello depende de los criterios que permiten afirmar, con carácter general, la consumación del concreto tipo de delito de que se trate.

En los apartados precedentes se ha visto cómo el peligro objetivo *ex ante* para el bien jurídico es una característica esencial del hecho al constituir el límite mínimo a partir del cual el Derecho Penal puede intervenir. Sobre esta base es posible diferenciar las

²⁵⁸ Al respecto, HÉCTOR ALEJANDRO, *El desistimiento de la tentativa...*, pp. 63 y ss.

²⁵⁹ Actualmente existe consenso en que la tentativa comienza con la realización del tipo directamente y mediante una conducta externa, sin que tal ejecución produzca la consumación por causas ajenas a la voluntad del autor. Por lo tanto, la tentativa implica pasar de la fase preparatoria a la ejecución. Entre los autores que al respecto pueden citarse a título de ejemplo, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 277 y ss.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ / JUDEL PRIETO / PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 5ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 340 y ss.

En relación con el comienzo de la tentativa, ninguno de los criterios de delimitación más radicales tiene suficiente vocación de generalidad como para resolver satisfactoriamente la disparidad de la casuística. Por este motivo, unido al acierto de cada criterio a la hora de resaltar algún aspecto de la cuestión, se han abierto paso en la doctrina teorías eclécticas que interpretan el principio de la ejecución típica a la luz de la fundamentación material de la antijuridicidad penal por la que se ha optado. En relación con ello puede consultarse MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 233 y ss.

Como observa BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 272 y ss., los distintos sistemas de delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos están condicionados por la forma de fundamentar la punibilidad de los grados de desarrollo del delito con la que se relacionan.

tentativas punibles (idóneas e inidóneas) de las impunes (irreales o supersticiosas y los delitos putativos). Para llegar a esta conclusión se ha sostenido que la expresión “objetivamente” del art. 16, así como los módulos relativos al “grado de ejecución alcanzado” y al “peligro inherente al intento” del art. 62, se refieren a la previsibilidad de producción del resultado del delito consumado. Y de todo esto se ha deducido que la tentativa idónea no tiene por qué ser *ex ante* objetivamente más peligrosa que la inidónea.

Pero este análisis tiene que complementarse con una referencia a qué puede considerarse tentativa. Es decir, con una referencia a la distinción entre tentativa y actos preparatorios²⁶⁰. Esta distinción puede operar también como un criterio limitador de la punibilidad, junto con el que gira en torno a la adecuación de la conducta para producir el resultado del tipo consumado, por cuanto las conductas que no dan principio a la ejecución en general no pueden ser castigadas penalmente. Una conducta, por más aptitud inicial para lesionar el bien jurídico que revele, en general no puede castigarse si no supone el inicio de la realización del tipo de la tentativa.

1.2. El comienzo de la tentativa

1.2.1. Introducción

En este punto conviene empezar señalando que la discusión acerca del comienzo de la tentativa en el fondo tiene por objeto el comienzo de la realización de toda conducta típica, de la misma manera que cuando se aborda la finalización de la tentativa se analiza el final de toda conducta típica (con independencia de que éste de lugar por sí mismo a la consumación, como sucede con los delitos de mera actividad). Como introducción general al tema puede decirse que, cuanto más subjetiva sea la visión acerca del injusto de la tentativa que se defiende, más se tiende a ampliar la punibilidad hacia el ámbito de los actos preparatorios; mientras que, cuanto más se oriente el sistema a la objetiva protección de bienes jurídicos, más relevancia se concede a la realización externa de la resolución de delinquir. Sea como fuere, la trascendencia del debate acerca del comienzo de la tentativa está más que justificada, al depender de éste

²⁶⁰ Sobre la excepcionalidad de la punición de los actos preparatorios tanto en los códigos anteriores como en el actual, LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal...*, pp. 149 y ss.

la determinación del límite entre las conductas que son irrelevantes para el Derecho Penal – o que tienen una menor relevancia, como sucede con los actos preparatorios punibles – y aquellas que comienzan a interesarle.

En atención a que el Derecho Penal regula múltiples y variadas relaciones sociales, resulta imposible establecer un parámetro único que opere con la precisión de una fórmula matemática en orden a la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. Pero ello no obliga a renunciar a la elaboración de un parámetro general, el cual, investido de la plasticidad necesaria, permita delimitar con relativa exactitud el inicio de la tentativa. De hecho sucede lo mismo con la teoría de la imputación objetiva, la cual proporciona pautas bastante seguras para la configuración del injusto a partir de figuras, como la del riesgo permitido, con capacidad para adaptarse a la vida social o a la resolución del caso concreto²⁶¹.

La tesis central que va a defenderse a propósito del comienzo de la tentativa es que sólo empiezan a ejecutar el tipo consumado aquellas conductas que formalmente inician su realización²⁶². Y que sólo inician su realización aquellas que encajan en el verbo rector del tipo en él previsto literalmente. La decisión acerca de si la conducta inicia o no, formalmente, la realización del tipo debe tomarse en función de un criterio objetivo-subjetivo. Es decir, de acuerdo con el plan del autor valorado objetivamente. Todo esto no excluye que la conducta literalmente típica esté compuesta por una pluralidad de movimientos físicos o corporales, habida cuenta de que éstos pueden integrar una unidad de significado desde criterios materiales acordes con los usos comunes del lenguaje. Esta unidad de significado es la que se expresa mediante el verbo rector del tipo. Por ejemplo, el verbo típico “matar” está compuesto por varios movimientos físicos, como desenfundar el arma, apuntar y disparar. Carecería de sentido tener que esperar al último movimiento corporal para decir que se ha realizado el verbo rector del tipo. No puede decirse que no ha intentado matar quien ha desenfundado la pistola y ha apuntado con la intención de disparar inmediatamente porque en el último momento un tercero le ha apartado el arma del blanco. Si el comienzo de la tentativa se condiciona al

²⁶¹ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 276.

²⁶² En relación con ello me adscribo al planteamiento de MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal...”, pp. 1 y ss.

principio de la ejecución del delito proyectado, de su concepto se excluyen todos aquellos actos que no inician la realización del tipo consumado.

En tanto que producto de las ideas de la Revolución Francesa, la ideología liberal abogó por la exclusión de la punición de los actos caracterizados por su lejanía respecto de la lesión del bien jurídico²⁶³. Con ello se pretendía vetar la entrada en el sistema a posibles fuentes de arbitrariedades y abusos judiciales y, por ende, minimizar la inseguridad jurídica. En ese contexto se estimó que la impunidad general de los actos preparatorios sería coherente con el respeto a determinadas garantías del ciudadano frente al poder estatal. La impunidad general de los actos preparatorios radica entonces en el factor de incertidumbre que su punición originaría.

La propia definición legal de tentativa del art. 16 obliga distinguir entre actos preparatorios y tentativa al establecer que esta última consiste en “dar principio a la ejecución del delito”. Sin embargo, esta definición no ofrece ningún criterio general con el que formular tal distinción²⁶⁴. Los parámetros que para ello pueden utilizarse son múltiples en función de si se concede o no alguna relevancia al plan del autor.

1.2.2. Teorías exclusivamente subjetivas

Las teorías subjetivas, cuyo origen se sitúa en Alemania²⁶⁵, si bien son las de más antigua tradición, han sido progresivamente abandonadas por la doctrina. El denominador común a todas ellas es que distinguen entre actos preparatorios y actos ejecutivos en función de la resolución del autor de cometer el delito²⁶⁶. Algunas se

²⁶³ Vid. SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 328 y ss.

²⁶⁴ En efecto, la fórmula “dar principio a la ejecución del delito” ha cumplido sólo parcialmente sus objetivos ya que, si bien obliga a diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, no ofrece ningún criterio para distinguirlos. Vid. MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 227 y ss.

²⁶⁵ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 33 y ss.

²⁶⁶ Las teorías exclusivamente subjetivas relativizan la importancia del bien jurídico o del contenido de la norma en la tarea de determinar el comienzo de la ejecución, al poner el acento sólo en la intención del sujeto, según destaca BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 272 y ss.

En efecto, dentro de una fundamentación exclusivamente subjetiva de la tentativa, el principio de la ejecución se produce cuando el autor estima que ha entrado en la fase decisiva de su plan. Como resalta MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 228, “si se entiende que el fundamento de la punición de la tentativa es la simple manifestación externa de una voluntad contraria a derecho, lógicamente se considerará que comienza la tentativa, y con ella la punición de la conducta, desde el mismo momento en que, de una u otra forma, hay una simple ‘objetivización de la voluntad’, por lo que no se exigirá una puesta en peligro del bien jurídico ni una subsunción formal del comportamiento en el tipo del delito para considerar comenzada la tentativa, pues ya se tiene, en suma, la prueba de lo único

conforman con la siempre exteriorización de esa voluntad, mientras otras exigen que además sea firme. Por lo tanto, en todas ellas lo fundamental es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, por lo que son ejecutivos los actos que para el autor integran la fase decisiva del mismo²⁶⁷. Posteriormente estas teorías exigieron una cierta objetivación de la voluntad de delinquir al estimar necesario que el autor practique actos que revelen suficientemente su propósito delictivo²⁶⁸.

La teoría subjetiva más radical a penas tuvo acogida en la doctrina²⁶⁹. En ella el principio de la ejecución se sitúa en la simple objetivación de la voluntad delictiva, por lo que basta con que sea posible identificar una intención delictiva en la primera actividad dirigida a la consumación. Empezaría entonces la tentativa en el momento en que la resolución delictiva es externamente reconocible. Sólo las actuaciones anteriores a esa “objetivación” serían en general atípicas. Entre las razones que explican el amplio rechazo con el que esta teoría fue recibida, destaca la circunstancia de que la voluntad de delinquir puede objetivarse mediante una conducta muy lejana respecto de la consumación. En este sentido, la punición de la simple exteriorización de la voluntad delictiva conduciría a castigar meros deseos o pensamientos que mediante su exteriorización llegaran a conocimiento de terceros.

Esto evidencia que este criterio no permite distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, puesto que los primeros prácticamente desaparecerían al ser considerados supuestos punibles de tentativa al manifestarse en ellos la voluntad de cometer el delito. Los actos preparatorios quedarían de esta manera absorbidos por el concepto de tentativa al ser contemplados como un principio de ejecución. En un desarrollo coherente de los postulados de esta teoría, incluso podrían constituir un principio de ejecución actos que según el autor no comportan el inicio de la comisión del delito si en ellos fuera posible identificar claramente su resolución de delinquir²⁷⁰.

que interesa a la constitución del ilícito jurídico-penal: la manifestación, más o menos clara, de la voluntad contraria a derecho”.

²⁶⁷ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 313 y ss.

²⁶⁸ *Ibidem*. pp. 318 y ss.

²⁶⁹ *Ibidem*. pp. 43 y ss.

²⁷⁰ De fundamentarse la punibilidad del hecho en la representación del autor sobre el mismo, se ampliaría excesivamente el campo de los actos considerados ejecutivos, lo que resulta poco respetuoso con las garantías del ciudadano, toda vez que el juez debería determinar de forma arbitraria y discriminatoria si el sujeto ha exteriorizado realmente una voluntad criminal, según sus antecedentes personales: psicológicos, historia de vida, comportamiento en general, etc. Sobre ello, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 272 y ss.

Mayor aceptación tuvo la teoría del *dolus-ex-re*²⁷¹, según la cual para considerar la conducta ejecutiva no basta con la simple exteriorización de una genérica voluntad de delinquir, sino que de la actividad desplegada debe ser posible inferir qué concreto delito se quería cometer. Por lo tanto, de los hechos probados debe poder extraerse cuál era el concreto bien jurídico que se quería lesionar. En comparación con la otra teoría, ésta exige una mayor precisión del contenido de la finalidad que guía el comportamiento del autor. Sin embargo, lo cierto es que en no pocas ocasiones de la conducta del autor no puede inferirse de forma inequívoca cuál era exactamente el bien jurídico que pretendía lesionar.

Por ejemplo, del dato de que A ha atado a B a un árbol no puede extraerse cuál era su concreta intención. Si se afirma que sólo se inicia la ejecución cuando pueda identificarse claramente qué bien jurídico se quería atacar, en este supuesto la conducta debería permanecer impune porque a partir de la conducta realizada sería imposible conocer si el autor quería atentar contra la vida, la salud o la libertad ambulatoria de la víctima.

Por otro lado, la concreción del bien jurídico que se pretende atacar no tiene por qué implicar un acercamiento sustancial de la conducta a la lesión del mismo. En caso de que pueda conocerse de forma inequívoca la específica intención del autor, la simple exteriorización de la misma podría tener lugar mediante actos muy anteriores a la consumación. De esta forma la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos también sería inviable, dado que debería ser considerada ejecutiva toda conducta en la que se manifestase qué concreto delito se pretende cometer, por más lejana que sea respecto de la consumación.

Por ejemplo, la señora A compra veneno en una farmacia y confiesa al farmacéutico que es para matar a su esposo; o el señor B amenaza a su mujer mediante el anuncio de su intención de matarla. En ambos casos la conducta iniciaría la ejecución de un delito de homicidio porque de los datos conocidos puede extraerse indubitadamente cuál es el específico delito que se propone cometer el autor, a pesar de su lejanía respecto de la lesión del bien jurídico.

Asimismo en esta teoría parecen confundirse dos objetos de análisis distintos. Mientras que la diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos constituye un

²⁷¹ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 314 y ss.

problema material, la deducción de la voluntad del autor a partir de los hechos objetivos acreditados constituye una cuestión probatoria de carácter procesal. En efecto, las razones que explican por qué el inicio de la ejecución se establece en un momento determinado son un problema sustantivo, por lo que no pueden depender de la prueba de la intención de delinquir a partir de los hechos objetivos verificados.

Tanto la teoría subjetiva extrema como la teoría del *dolus-ex-re* delimitan el inicio de la fase ejecutiva exclusivamente en función de la manifestación de la voluntad de delinquir. Otra teoría subjetiva es la que se basa en la firmeza de la resolución delictiva. En ella no basta con la manifestación de la voluntad de delinquir para que la conducta sea ejecutiva, sino que ésta además debe ser irrevocable. Sería entonces ejecutiva aquella conducta que expresara una voluntad invariable de cometer el delito, es decir, aquella con una intensidad tal que la convierta en irreversible. Para valorar la seriedad o la firmeza de esa voluntad se proponen tanto criterios subjetivos como objetivos.

Desde un punto de vista subjetivo, la firmeza de la resolución dependería de la concepción del autor sobre su hecho, por lo que la decisión delictiva sería irrevocable cuándo en su fuero interno el propio sujeto considerara que está irreversiblemente resuelto a cometer el delito. Estaría irreversiblemente resuelto a cometer el delito cuando estimara que su actuación se dirige decisivamente hacia el resultado de acuerdo con su plan criminal. Este criterio también ha sido rechazado porque la conducta puede no encajar en el tenor literal del tipo a pesar de que el autor estime que su voluntad es irrevocable. Y, por otro lado, porque puede contemplar la posibilidad de desistir una vez iniciada la fase de ejecución.

Desde una óptica objetiva, la irrevocabilidad de la voluntad no dependería de la representación del autor sobre su hecho, sino de la opinión de un espectador objetivo. El paso decisivo del acto preparatorio al ejecutivo se produciría entonces cuándo sea previsible que la voluntad del autor va a ser irreversible según la experiencia nomológica del ciudadano medio. Es decir, cuándo objetivamente no pueda esperarse un retorno a la legalidad ni un desistimiento voluntario. De este modo lo relevante para conocer si la voluntad del autor es firme o no, sería la experiencia psicológica media, lo que indicaría la probabilidad de que el autor prosiga la realización de su voluntad hasta el final de la ejecución a no ser que algo se lo impida. Se dice, por ejemplo, que cuando

el autor carga la pistola después de inmovilizar a la víctima, el pronóstico del espectador objetivo sería que la voluntad de matar es irreversible. Se trataría, en definitiva, de emitir un juicio objetivo sobre la posibilidad de que el autor vuelva atrás según la experiencia general reflejada en la media estadística de los ciudadanos. Por lo tanto, los actos serían preparatorios mientras que en general no sea descartable que el autor desista voluntariamente.

Este criterio objetivo para valorar la firmeza de la voluntad de delinquir también resulta inoperativo al carecer el espectador objetivo de un parámetro para conocer la intensidad de la resolución. No puede hacerse abstracción de ésta al no ser susceptible de generalizarse. Si se parte de la experiencia general, el único dato cierto es que hay personas más resueltas que otras. Sin embargo, no es posible imaginar en un plano hipotético un ciudadano con un nivel de resolución medio porque esta circunstancia depende siempre del caso concreto. Por lo tanto, ningún intento de establecer un grado de firmeza válido para la media estadística de los ciudadanos puede prosperar. Incluso en caso de que la conducta se acerque al momento decisivo anterior a la consumación, sería imposible prever de antemano (*ex ante*) si el autor en el caso concreto va a desistir o no²⁷².

Otras corrientes propusieron valorar la firmeza de la voluntad de delinquir en función de la personalidad del autor, en cuyo caso la convicción acerca de la seriedad de la voluntad de consumar el delito no se formaría en general según el criterio de un espectador objetivo, sino en función de las circunstancias del caso concreto. Esto porque se tomaría como referencia la personalidad del concreto autor, no la de un ciudadano medio. Cabe objetar a esta visión que una misma conducta sería considerada tentativa en unos autores y preparatoria en otros. Sus partidarios se defienden alegando que los efectos político-criminales de esta situación no serían insatisfactorios al entender que serían compatibles con los principios de un Derecho Penal de la culpabilidad por cuanto la respuesta punitiva se adaptaría mejor al caso concreto. Según ellos la experiencia demuestra que una misma conducta puede ser preparatoria en un delincuente ocasional y ejecutiva en otro profesional. Sin embargo, es imposible deducir empíricamente el

²⁷² Como apunta BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 272 y ss., también las teorías exclusivamente subjetivas que tratan de objetivar la voluntad del autor tienden a castigar meras representaciones delictivas, no el hecho en sí mismo considerado.

grado de resolución del autor a partir de la constatación de su nivel de peligrosidad. Por más peligroso que se considere al autor, es imposible conocer cómo hubiera reaccionado en el caso concreto, es decir, saber si hubiera mantenido la decisión de consumir el delito hasta el final de la ejecución. Desde una óptica empírica sólo después de la realización del hecho puede saberse si la decisión del autor era o no revocable en función de si ha desistido o no.

Sentado lo anterior, todas las teorías exclusivamente subjetivas expuestas presentan el inconveniente común de ser incompatibles con el concepto legal de tentativa establecido en el art. 16 CP, mediante el que se exige la práctica de actos que “objetivamente deberían producir el resultado”. Esta definición impide considerar ejecutivos actos objetivamente no adecuados para producir el resultado del tipo consumado, por más que lo sean desde la perspectiva del autor. Asimismo todas ellas amplían excesivamente el ámbito de los actos ejecutivos en perjuicio de los preparatorios, habida cuenta de que en las mismas se califican como tentativa conductas muy lejanas respecto de la realización del verbo previsto literalmente en el tipo. Por otro lado, deberían considerarse preparatorios actos objetivamente adecuados para producir el resultado de lesión del tipo consumado susceptibles de ser subsumidos en el tenor literal del tipo, si con ellos no se expresara suficientemente qué concreto delito se quiere cometer o la firmeza de la resolución delictiva.

En resumen, todas estas teorías dejan en manos de la representación del autor sobre su hecho la decisión acerca de si la conducta es preparatoria o ejecutiva, al renunciar a comprobar si se ha realizado o no el verbo rector del tipo. A parte de la evidente vulneración del principio de legalidad que esto supondría al depender el carácter del delictivo del hecho de la opinión del autor, en la práctica se concitarían problemas de orden probatorio, toda vez que el sujeto tenderá a negar que quisiera cometer un delito; a no manifestar contra qué concreto bien jurídico-penal pretendía atentar; o a afirmar que no estaba irreversiblemente resuelto a proseguir la ejecución hasta la consumación²⁷³.

²⁷³ A pesar de los problemas que suscitan, puede reconocerse a las teorías exclusivamente subjetivas el mérito de haber destacado la importancia del plan autor, aunque éste no pueda elevarse a criterio único para el establecimiento del comienzo de la tentativa, al resultar inadmisibles la punición de conductas que tan sólo ponen de manifiesto una voluntad contraria a Derecho, toda vez que ésta puede manifestarse a

Optar por el desvalor de la conducta al entender que el Derecho penal está al servicio de la función de prevención, no obliga a dejar el terreno de lo objetivo, ni a trasladar la materia de prohibición al momento subjetivo de la decisión de voluntad. Según señala MIR PUIG, “si la función de prevención (Estado social) persigue que los ciudadanos eviten la realización de conductas que puedan lesionar bienes jurídicos, para que la prevención respete el límite liberal del fuero interno (Estado democrático de Derecho), el objeto de la prohibición no podrá ser el decidir sólo en contra de tales bienes, sino precisamente la conducta que se quiere que el ciudadano no realice. Un tal Derecho penal preventivo no tiene por objeto que el sujeto no ‘adopte decisiones’ contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es el de los procesos de interacción social. Ciertamente que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero no bastaría para el injusto tal resolución por sí sola, sino que es precisa su efectiva exteriorización en una conducta que pueda modificar las expectativas sociales, que es lo único que la norma puede prohibir en un Estado social y democrático de Derecho. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el Derecho pretende prevenir”²⁷⁴.

En concordancia con ello, la determinación del comienzo de la tentativa depende de circunstancias objetivas y subjetivas, habida cuenta de que el completo contenido de lesividad del hecho sólo puede expresarse a través de la combinación de ambas. En efecto, en un planteamiento preventivo, los comportamientos a evitar mediante la prohibición bajo amenaza de pena deben seleccionarse en función del peligro objetivo que cada conducta representa para bienes jurídicos, no en base a la gravedad de la actitud interna demostrada con la decisión delictiva. Por el contrario, el finalismo, por más que requiera la exteriorización de la actitud interna, parte de que el motivo que fundamenta el castigo de lo externo es la manifestación de una determinada actitud interna.

través de una actuación significativamente alejada de la ejecución del tipo. Exponiendo estas consideraciones, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 229 y ss.

²⁷⁴ Vid. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 59.

Si de acuerdo con la formulación general de las teorías subjetivas el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la objetivación de una voluntad delictiva, para sus defensores el momento de inicio de la ejecución vendrá determinado por la exteriorización de esa intención criminal. Aunque estas teorías no abandonan por completo el aspecto objetivo de la conducta, y por tanto intentan evitar la punición de la simple intención contraria a Derecho, lo cierto es que muchos actos preparatorios exteriorizan inequívocamente una voluntad delictiva. Por ello, sin atender a la significación objetiva de la conducta, la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos se fundamenta únicamente en la existencia de una voluntad contraria a Derecho inferida de una determinada actuación externa, la cual tan sólo interesa en tanto que indicio a partir del que deducir la intención del autor. Ahora bien, lo cierto es que el plan del autor es una de las pautas a partir de la que determinar cuándo se da inicio a la ejecución, al reaccionar cada sujeto de forma diversa ante situaciones objetivamente idénticas, lo que necesariamente debe incidir en la existencia o inexistencia de tentativa.

1.2.3. Teorías exclusivamente objetivas

a) Teoría objetivo-formal

En contraposición a las teorías subjetivas, en las objetivas se intenta limitar el ámbito de los actos ejecutivos desde la objetividad en sí de la conducta, a valorar en base a diversos criterios. La teoría objetivo-formal propugna la necesidad de partir del tipo de delito, en el sentido de que sólo sean ejecutivas las conductas típicas²⁷⁵. Las conductas ejecutivas serían entonces las conductas descritas en el tipo. Es decir, la acción u omisión sería ejecutiva en caso de realizar el verbo activo del tipo de delito cuya consumación se persigue. En consecuencia, las conductas no subsumibles en el verbo activo del tipo serían consideradas preparatorias. Se aboga de esta manera por considerar que la ejecución se inicia cuando la concreta conducta realizada se corresponde, según el uso ordinario del lenguaje, con la conducta descrita en general en el tipo (cuando la conducta consiste en “matar”, “lesionar”, “falsificar”, etc.)²⁷⁶.

²⁷⁵ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 286 y ss.

²⁷⁶ Bajo esta perspectiva los conceptos de ejecución y consumación son de naturaleza formal, de modo que van referidos al tipo delictivo concreto de que se trate. Asimismo, se estima que, por imperativo del principio de legalidad, sólo puede formar parte del concepto de tentativa aquello que pueda considerarse ejecución del delito conforme a los criterios de interpretación normalmente aplicables a los preceptos

Esta teoría tuvo una notable acogida en la doctrina alemana, en parte por la seguridad jurídica que ofrece y por su compatibilidad con el principio de legalidad²⁷⁷. Sus detractores objetaron que, si se postula que la tentativa es el principio de la ejecución de la conducta típica, en realidad no se elabora ningún criterio válido para distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos por cuanto se ofrecería un argumento circular o tautológico: si se considera que existe tentativa cuando empieza la conducta típica, habría que proporcionar algún criterio para saber cuándo empieza la conducta típica. Por lo tanto, entienden sus detractores que en esta teoría el problema sigue siendo el mismo pero bajo otra denominación, ya que si no se sabe cuando comienza la conducta típica no puede saberse cuando comienza la ejecución del tipo²⁷⁸.

Ciertamente remitir al comienzo de la conducta típica la decisión acerca de cuándo comienza la ejecución típica no facilita ningún criterio útil de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. P.ej., desde esta perspectiva la conducta de “matar” podría empezar tanto en el momento en el que se saca la pistola, como en el que se apunta, como en el que se aprieta el gatillo. Los sectores partidarios de esta teoría proponen compensar estas carencias recurriendo a los usos comunes del lenguaje. Sin embargo, éstos de poco sirven si no se toma en consideración el plan del autor. Sin éste los usos comunes del lenguaje no pueden indicar la realización de qué tipo delictivo ha iniciado el sujeto que ha atado a otro a un árbol, esto es, si se dispone a “matar”, “lesionar” o “robar”.

legales (gramaticales, históricos, sistemáticos y teleológicos). Si bien este punto de partida parece razonable, lo cierto es que sin valorar el plan del autor no puede determinarse si la conducta encaja formalmente en el tenor literal del tipo. Se muestran partidarios de esta opinión, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 417 y ss.

²⁷⁷ Según la teoría objetivo-formal, la tentativa comienza con la realización de la conducta descrita en el tipo en sentido estricto. Por lo tanto, es ejecutivo todo acto que cumple con el comportamiento exigido por el tipo legal. Sobre ello, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 230 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 272 y ss.

²⁷⁸ Los partidarios de utilizar criterios formales en la delimitación de los actos preparatorios de los ejecutivos reconocen las limitaciones de los mismos debido a la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de las conductas típicas. Estas dificultades se convierten en insalvables si no se presta atención al plan del autor. Así lo ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 417: “¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto de ejecución de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos, se enfrenta la praxis jurídico-penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal, precisar dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible)”.

Sólo el plan del autor valorado objetivamente puede revelar cuándo la conducta inicia la ejecución del tipo. Por lo tanto, el criterio que defiende se basa en los puntos de partida de la teoría formal, por cuanto estimo que la ejecución se inicia con la realización del verbo rector del tipo consumado. Pero este criterio creo que debe complementarse con el plan del autor. Serían entonces ejecutivas las conductas que inician la realización del verbo literal del tipo según el plan del autor valorado objetivamente. Naturalmente, valorar el plan del autor objetivamente implica en cierta medida ponderar también los usos comunes del lenguaje a nivel semántico.

En definitiva, en la teoría objetivo-formal, al no valorarse el plan del autor, se tiende a identificar el verbo típico con el último movimiento muscular realizado. Se estima que éste sería el único acto inequívocamente susceptible de ser incardinado en el verbo típico en sentido literal según los usos comunes del lenguaje. Sin embargo, esto implica una reducción excesiva del campo de los actos ejecutivos. Por otro lado, si se afirma que la conducta comienza a ser punible cuando realiza algún elemento de la descripción típica, queda por determinar cuándo puede considerarse que el comportamiento realiza un elemento del tipo.

b) Teorías objetivo-materiales basadas en la causalidad efectiva

En su intento de corregir los defectos de la teoría objetivo-formal, con las teorías objetivo-materiales se pretendió ir más allá de la consideración como tentativa de la estricta ejecución de particulares elementos del tipo, y en consecuencia se estimó que también constituyen supuestos de tentativa conductas que propiamente no realizan ninguna circunstancia del tipo. Por lo tanto, desde esta perspectiva lo determinante no sería la formal realización de un elemento del tipo, sino la interpretación de la norma conforme a su contenido y finalidad. Con ello se pretendía dar respuesta a la pregunta de cuándo una conducta inicia la ejecución del tipo, la cual quedaba abierta en la teoría objetivo-formal. Ahora bien, los criterios para afirmar la “pertenencia” de una conducta al tipo penal establecidos por las teorías objetivo-materiales no son mucho más precisos. En este sentido, si el concepto de “unidad natural” de los distintos actos realizados manejado por las teorías objetivo-materiales – p.ej., entre desenfundar el arma, apuntar y disparar – se entiende en sentido causal, la frontera de los actos

ejecutivos se extendería en exceso ya que éstos abarcarían condiciones integradas en amplias cadenas causales – p.ej., se consideraría ejecutiva la conducta consistente en fabricar la pistola, puesto que ésta formaría parte de la unidad sin la cual la actividad final, consistente en dispararla, no podría ser comprendida –.

Sea como fuere, mediante las teorías objetivo-materiales se intentó superar la inoperancia a la que aboca la teoría objetivo-formal, singularmente en relación con aquellos tipos que no contienen una referencia expresa a medios comisivos determinados. En todas ellas se renuncia a fundamentar la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en la redacción legal del tipo de delito. Las teorías objetivo-materiales basadas en la causalidad efectiva fueron seguidas por algún sector de la doctrina alemana, si bien en la actualidad se encuentran totalmente abandonadas. Las mismas se basan en la distinción entre causa y condición. Se afirma que los actos preparatorios son una condición del resultado, mientras que los ejecutivos son además causa del mismo. Para algunos sectores es causa del resultado la condición con mayor eficacia causal. Es decir, la que causalmente hubiera contribuido más decisivamente a la producción del resultado. Con la realización de esta causa del resultado se iniciaría la ejecución. Para otras corrientes la diferencia entre condición y causa no sería una cuestión cuantitativa, sino cualitativa. De este modo las causas del resultado no serían las condiciones más decisivas o efectivas, sino los actos determinantes para la remoción de los obstáculos que dificultan la consumación²⁷⁹.

²⁷⁹ Según observa REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, pp. 59 y 60, “lo que en el fondo hace una teoría causalista del delito, es trasladar conceptos eminentemente naturalísticos al plano valorativo para construir con ellos un sistema normativo, con lo cual no se limita (como debería hacerlo) a reconocer la presencia de los mundos natural y normativo, sino que los confunde; en efecto, con nuestros actuales conocimientos científicos, nadie puede negar la existencia de determinados preceptos naturales como la ley de la gravedad, pero ello no quiere decir que un sistema penal deba ser construido con dichos preceptos, pues ningún sentido tiene conminar con una pena a quien desconozca la ley de la gravedad, pues con o sin la superestructura normativa, la naturaleza seguirá cumpliendo y haciendo cumplir sus propias leyes. El derecho, en cuanto pretenda seguir siendo un mecanismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a la regulación de las relaciones sociales y no de las naturales; por supuesto que el derecho penal tiene que aceptar el mundo óntico en el cual se desarrolla la vida social del hombre, pero sus esfuerzos deben encaminarse a la regulación de las relaciones entre hombres como parte de la sociedad y no a toda manipulación de las relaciones entre el hombre y su entorno natural. El sistema causalista de la teoría del delito no solo se equivocó al querer hacer valer la ley natural de la causalidad como elemento central del derecho penal, sino que además llegó a excesos tales como el de hablar de una interrupción de nexos causales que la naturaleza desconoce por completo, con lo que no solo pretendió hacer girar el mundo normativo alrededor de un precepto natural, sino que además lo distorsionó”.

El factor intencional propuesto por el finalismo sirvió para diferenciar la “causalidad ciega” de la conducta que interesa al Derecho penal, lo que permitió deslindar conceptualmente los hechos naturales de los actos del hombre. Ello no obstante, el finalismo no abandonó el terreno naturalístico porque la

Sin embargo, el inicio de la ejecución no puede determinarse con arreglo a criterios causales. Desde un punto de vista físico-naturalístico, todas las condiciones de las que ha dependido la producción del resultado son causa del mismo porque sin ellas no se habría originado. En consecuencia, también los actos preparatorios son causa del resultado porque en el caso concreto sin ellos el resultado no se habría producido. Según la teoría de la equivalencia de las condiciones todas éstas tienen el mismo valor causal en el caso concreto²⁸⁰. Es posible entonces distinguir entre condiciones o no condiciones, pero no entre varias condiciones en función de su causalidad efectiva. Por otro lado, la circunstancia específica de la tentativa es justamente que en ella no se produce el resultado del tipo consumado. Por lo tanto, en la tentativa no puede establecerse la vinculación causal entre una conducta y una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico que no ha tenido lugar.

Estas teorías confunden, en síntesis, el problema físico-naturalístico relativo a la individualización de la causalidad, con una cuestión normativa no susceptible de ser descrita empíricamente en el plano de la simple causalidad física como es la distinción entre actos preparatorios y tentativa. Por lo tanto, trasladaron el problema de la diferenciación entre causa y condición al problema de la diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos.

c) Teorías objetivo-materiales basadas en la causalidad hipotética

En estas teorías se concede un distinto valor a las condiciones del hecho en función de si se consideran en el caso concreto o en abstracto. Se afirma que todas las condiciones tienen el mismo valor causal en el caso concreto, pero que en abstracto sólo lo tienen los actos ejecutivos. Mientras que los actos preparatorios sólo serían condiciones del resultado en el caso concreto, los actos ejecutivos lo serían tanto en el caso concreto como en general.

intención del autor no se concibió como un atributo jurídico de la conducta humana, esto es, como una característica normativa de ésta, sino como uno de sus rasgos ontológicos esenciales. En atención a esta noción óntica de la conducta intencional, se puede objetar al finalismo el intento de elaborar un sistema normativo del Derecho penal con conceptos naturalísticos. Por ello ni el finalismo ni el causalismo pudieron explicar de forma satisfactoria los tipos de omisión, ni tampoco los tipos imprudentes.

²⁸⁰ HAAS, ‘‘La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...’’, pp. 3 y ss.

En el caso concreto tanto la conducta de comprar el arma como la de dispararla serían condiciones del resultado al tener ambas la misma eficacia causal, mientras que en general sólo la segunda conducta tiene valor causal porque es posible matar con una pistola de un disparo sin haberla comprado previamente pero no matar de un disparo sin disparar la pistola.

Se concluye entonces que los actos preparatorios condicionan el resultado típico en su concreta aparición, mientras que los actos ejecutivos lo condicionan además en su significado general. En el caso concreto el hurto no podría haberse cometido sin entrar en casa ajena, pero en general es posible hurtar una cosa mueble sin entrar en casa ajena. Entonces la conducta consistente en entrar en casa ajena sería un acto preparatorio al ser sólo causal en el caso concreto. En cambio, la conducta de tomar la cosa mueble ajena sería ejecutiva porque sin ella no se puede cometer un delito de hurto ni en el caso concreto ni en general.

Sin embargo, esta teoría no resulta válida porque no puede hacerse abstracción de las características de alguna condición y seguir aplicando el resto de las efectivamente concurrentes. Esto es así porque en general puede hacerse abstracción de todas las condiciones del resultado. Efectivamente es posible matar sin haber comprado previamente el arma al poder ser ésta prestada, robada, etc. Sin embargo, también es posible matar sin dispararla: dando golpes con ella, utilizando otro instrumento, etc. Si se hace abstracción del proceso causal, todas las condiciones deben generalizarse. Y, desde esta perspectiva, también la conducta de disparar el arma es susceptible de ser sustituida a pesar de ser necesaria en el caso concreto. Por lo tanto, la conclusión sólo podría ser que tampoco la conducta de disparar es ejecutiva.

En resumen, todas las teorías objetivo-materiales permiten considerar ejecutivas conductas anteriores a la realización formal del verbo típico, tanto las que se basan en la causalidad efectiva como si se basan en la causalidad hipotética. Por lo tanto, sucede lo mismo que con las teorías subjetivas. De esta manera el ámbito de los actos ejecutivos se amplía a conductas atípicas en sentido formal. Se pretende con ello reputar ejecutivos actos distintos de la conducta típica en sentido estricto, pero estrechamente relacionados

con ésta²⁸¹. Sin embargo, esta opción no parece razonable al entrar en manifiesta contradicción con el principio de legalidad.

Acercándose a estas posturas, en algunas ocasiones el TS ha admitido la posibilidad de considerar ejecutivos actos preparatorios “necesariamente” conectados a la conducta literalmente típica. Se reconoce de esta manera carácter ejecutivo a actos inmediatamente anteriores a la conducta típica cuando, según se dice, conducen directamente a ella: “tiene muchos adeptos la llamada teoría objetivo-material, que considera iniciada la ejecución cuando ha comenzado a estar en peligro el bien jurídico protegido por el delito de que se trate. Algunos se refieren al dato de la proximidad espacio-temporal, otros a la causalidad material como criterios reveladores del carácter ejecutivo de la acción dirigida al delito. Otro sector doctrinal habla de la univocidad, reputando actos de ejecución, los que inequívocamente conducen a la producción del delito, aunque este último criterio sirve sólo para revelarnos a través de la prueba de indicios la realidad del antes referido elemento subjetivo o dolo, necesario tanto para los actos de ejecución como para los preparatorios” (STS de 12 de julio de 1995). Esta línea jurisprudencial llega a la conclusión de que no existe una solución válida para todos los casos. Y que, partiendo del plan del autor manifestado en la conducta, así como del tipo de delito concreto del que se trate, hay ejecución si se ha iniciado un comportamiento que “naturalmente” (cuando no haya un elemento extraño interruptor) ha de llevar a la consumación, “aunque ningún elemento típico se haya producido”. Para valorar si el comportamiento conduce a la consumación, se utilizan algunos criterios espacio-temporales y otros relativos al peligro para el bien jurídico.

Otro criterio para considerar ejecutivos actos anteriores a realización del verbo previsto literalmente en el tipo, es la llamada teoría del peligro. Según ella, son ejecutivos los actos que suponen un peligro objetivo para el bien jurídico protegido. No obstante, los actos preparatorios también generan un peligro para el bien jurídico, que va en aumento hasta la consumación. Para sortear esta circunstancia, los partidarios de la teoría del peligro exigen que el riesgo a partir del cual se inicia la ejecución revista una determinada intensidad. La intensidad del riesgo se determina a partir de varios criterios, en función de si es “directo” o “serio”, de si es “probable” que se concrete en el resultado, etc.

²⁸¹ Las teorías objetivo-materiales buscan como criterio de delimitación, no la dimensión formal del tipo, sino la referencia al bien jurídico, con la consiguiente ampliación del ámbito de los actos ejecutivos a momentos previos a la conducta recogida por el tipo legal. Desde esta perspectiva se incluirían en el concepto de ejecución todos los actos que significan una determinada afectación del bien jurídico al ponerlo en peligro. Lo expone MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 231 y ss.

No obstante, si tanto los actos preparatorios como los ejecutivos suponen un determinado peligro para el bien jurídico, establecer el grado de riesgo a partir del cual se inicia la tentativa resulta una decisión necesariamente arbitraria al carecer de una fundamentación axiológica. Es decir, sería imposible justificar la cantidad de riesgo a partir de la cual comenzaría la fase ejecutiva (¿La conducta debería tener un 50, un 60, 70 o un 80% de posibilidades de producir el resultado típico?)²⁸². Cabe objetar también a esta teoría que la objetiva previsibilidad de que la conducta cause el resultado no puede valorarse al margen del plan del autor. Por todo ello resulta preferible entender que sólo pueden ser ejecutivas las conductas que formalmente encajen en el verbo literalmente previsto en el tipo consumado, sin perjuicio de que la peligrosidad del acto se tome como un ulterior criterio material restrictivo de la tipicidad.

Dentro de las teorías objetivo-materiales que permitirían ampliar la tipicidad a actos anteriores a la realización del verbo literal del tipo consumado, estaría también la teoría del ataque al bien jurídico, según la cual es ejecutiva la conducta que constituye una agresión para el bien jurídico-penal. Serían una agresión para el bien jurídico-penal aquellas conductas frente a las que no cabe legítima defensa. Entre las críticas que cabe dirigir a esta teoría, destaca que limita excesivamente el campo de los actos preparatorios en los delitos contra bienes jurídico-penales de carácter supraindividual, en atención a que frente a las conductas en ellos previstas no existe posibilidad de legítima defensa. Al igual que sucede ante hechos en los que la agresión al bien jurídico puede repelerse sin necesidad de actuar típicamente. Por ejemplo, en el caso de la mujer que echa veneno en el café de su esposo, a éste le basta con no tomárselo para salvaguardar el interés atacado.

Debe notarse que nada de lo dicho guarda relación alguna con la posibilidad de considerar que varios movimientos corporales aparecen semánticamente como partes integrantes de la conducta típica en sentido literal. Esto sí es posible si los diversos actos contribuyen a conformar la unidad de significado prevista formalmente en el tipo.

1.2.4. Teorías mixtas de carácter objetivo-subjetivo

²⁸² Desde el primer acto de preparación hasta la consumación, tan sólo puede establecerse una continuada intensificación cuantitativa de la peligrosidad de la actuación del sujeto, en opinión de REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal...*, pp. 37 y ss.

Desde esta perspectiva el significado que el autor confiere a su conducta es un elemento determinante para valorar si la misma es o no ejecutiva. En ella se intentan encontrar soluciones de síntesis mediante la combinación de criterios objetivos y subjetivos. Como explica FARRÉ TREPAT, “si el autor coloca la escalera en la pared de una casa, la acción será ejecutiva o preparatoria según que el autor piense comenzar el robo inmediatamente o bien esté probando solamente su resistencia para cometer el robo al día siguiente”.

El denominador común a todas estas teorías es que toman en consideración el plan del autor junto con determinados módulos objetivos materiales o formales. La importancia del plan del autor radica en que sin él es imposible conocer cómo se proyecta realizar el hecho. P.ej., si una mujer decide matar a su marido preparándole comida envenenada, la conducta es ejecutiva si es el propio marido quién debe servírsela, mientras que es preparatoria si tiene pensado servirla ella misma.

Para un sector, la conducta es ejecutiva cuando se inicia la realización del tipo según la opinión de un espectador objetivo que conoce el plan del autor (perspectiva objetivo-formal). Otras corrientes integran el plan del autor en la teoría del peligro o en la teoría de la inmediatez temporal de los actos (perspectiva objetivo-material)²⁸³: en la primera opción se estima que la ejecución comienza cuando existe un riesgo directo para el bien jurídico según la representación del autor sobre su hecho; en la segunda se considera que inician la ejecución del tipo las conductas en él previstas, más las que inician directa o inmediatamente el desarrollo del comportamiento típico según el plan del autor²⁸⁴.

²⁸³ Se parte en esta visión de la descripción legal de la conducta típica, según la imagen que el autor tiene sobre el curso de los acontecimientos. En función de esta imagen se pondera si el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la conducta típica que prácticamente no quedan eslabones intermedios esenciales para poner en actividad la inmediata realización del tipo. Al respecto, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 417 y ss.

²⁸⁴ Desde la perspectiva de la inmediatez temporal, sería necesario que la voluntad criminal se convierta en realización de actos, algunos de los cuales tendrán una relación inmediata con la ejecución delictiva misma, es decir, con la infracción de la norma prohibitiva, de modo que quedarían dentro de la desvaloración inherente a la norma prohibitiva. Para determinar cuáles son estos actos, debería acudirse al plan del autor porque sólo éste permite conocer en qué momento el sujeto se ha puesto de forma inmediata en relación con la realización del hecho delictivo. Serían entonces ejecutivos los actos que, conforme al plan del autor, tengan un significado de inmediata o directa puesta en relación con la realización del hecho delictivo (p. ej. el momento de apuntar a matar cuando este acto significa iniciar directamente la ejecución del hecho según el plan del autor). Sobre esto, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 273 y ss.

En las teorías objetivo-materiales existe el riesgo de ampliar el campo de la tentativa a conductas anteriores al comportamiento típico en sentido estricto. Estas conductas se entiende que están estrechamente relacionadas con el verbo literalmente típico, ya sea por su conexión temporal con éste o por el peligro que suponen para el bien jurídico. Esto se justifica en la necesidad de no dejar impunes actos merecedores de pena que no son susceptibles de ser subsumidos en el tenor literal del tipo²⁸⁵.

Otros sectores renuncian a establecer una distinción general entre actos preparatorios y tentativa, y en consecuencia sitúan el problema en el plano casuístico de la jurisprudencia. Para ello elaboran grupos de casos sobre tipos concretos, de modo que la diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos dependa del tipo de delito de que se trate. Se intenta así evitar una excesiva ampliación del ámbito de la ejecución en perjuicio del de la preparación, así como dotar al sistema de más seguridad jurídica. A pesar de la originalidad de su enfoque, esta propuesta no ofrece ningún criterio para valorar el acierto de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, al limitarse a efectuar una descripción comparada de los distintos grupos de casos. Si los fallos judiciales son contradictorios, esta teoría no permite seleccionar cuál de ellos resulta válido, ni aporta un criterio para resolver los nuevos casos que puedan surgir. Por ello debe rechazarse la opción de centrar la discusión en el plano de la casuística.

A la vista de las carencias de las visiones exclusivamente objetivas o subjetivas, parece preferible decantarse por una solución intermedia o mixta de carácter objetivo-subjetivo. Las críticas formuladas a las teorías exclusivamente subjetivas no obligan a prescindir del plan del autor, sino a valorarlo objetivamente. No se puede prescindir del plan del autor porque éste aporta datos tan relevantes como cuál era el delito que se quería cometer o cuál era la proximidad del acto respecto de la consumación.

Entiendo que los criterios objetivos con los que valorar el plan del autor deben ser formales por imperativo directo del principio de legalidad. De esta forma se impide que puedan ser penalmente relevantes conductas distintas de las previstas en el tenor literal

²⁸⁵ Estas teorías vinculan el principio de la ejecución a la idoneidad de la conducta en relación con el fin propuesto. Sobre ello, afirma MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 236 y ss., que “sí podemos concluir afirmando, con carácter general, que para poder hablar de que existe un principio de ejecución que nos permita afirmar que estamos ante una tentativa de delito es necesario que los actos que la integran sean idóneos, entendida dicha idoneidad como adecuación *ex ante* de la acción en relación con el resultado perseguido”.

del tipo, por más que éstas sean inmediatamente anteriores al verbo rector del tipo consumado o próximas a la lesión del bien jurídico. Esto no implica identificar la conducta ejecutiva con el último movimiento corporal realizado, puesto que el verbo rector del tipo semánticamente puede estar integrado por varios movimientos físicos. Así, según el plan del autor valorado objetivamente, la conducta de “matar” puede comprender los actos consistentes en desenfundar el arma, apuntar y disparar. Todos ellos forman parte de la ejecución en sentido literal si ésta es la conclusión a la que llegaría un espectador objetivo a la vista de la forma en la que el autor ha planificado la realización del tipo consumado. Para valorar objetivamente el plan del autor pueden ser útiles los criterios de la inmediatez temporal o de la puesta en peligro.

Una misma conducta externa puede ser ejecutiva o no en función del plan del autor²⁸⁶. Si un sujeto apunta el arma apostado en un balcón con la finalidad de disparar en caso de que casualmente la víctima pase por la calle, no puede decirse que la conducta sea ejecutiva según una valoración objetiva del modo en que el autor ha planificado la realización del delito. El espectador objetivo no llegaría a la conclusión de que el plan criminal del autor ha entrado en la fase decisiva de ejecución, con independencia de la opinión de éste sobre su hecho. Objetivamente el plan criminal no habría entrado en la fase decisiva por representar todavía la conducta un escaso grado de peligro para el bien jurídico, así como por la distancia temporal aún existente entre ésta y la consumación. En cambio, la misma conducta sí sería ejecutiva si el autor está apuntando a la víctima a escasos metros de distancia con la intención de disparar contra ella en ese momento. En este caso un espectador objetivo que examinara el plan del autor sí consideraría que se ha “empezado a matar”. Es decir, que la conducta consistente en “apuntar” se integra en la más genérica de “matar” por suponer una inmediata puesta en peligro del bien jurídico temporalmente muy próxima a su lesión.

No se trata entonces de considerar ejecutivas conductas anteriores a la realización del tipo en sentido formal, sino de entender que ésta puede estar integrada por diversos movimientos físicos específicos. Creo que ésta es la forma más idónea de compatibilizar las exigencias de seguridad jurídica con las necesidades preventivas del sistema. En el

²⁸⁶ La voluntad del autor constituye un indicador acerca de si la conducta tiene naturaleza penalmente típica, así como un parámetro de concreción acerca de ante qué tipicidad nos encontramos. Al respecto, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 208.

caso de quien está apuntando a la víctima con intención de disparar, si en el último momento alguien le aparta el arma, poco sentido tendría dejar impune el intento porque no se ha “empezado a matar”. Esta conclusión chocaría con las convenciones lingüísticas más elementales, al ser un dato objetivo que el bien jurídico se ha colocado en una situación de peligro relevante temporalmente próxima a su lesión a la vista de la planificación criminal del autor.

El parámetro de la inmediatez temporal de los actos aporta un valioso criterio para determinar qué actos concretos forman parte de la conducta prevista en el tipo. De esta manera forman parte del tipo todos aquellos actos que se integran como una unidad de significado en el verbo literal del tipo. Esta unidad de significado se conforma cuando entre los distintos actos no existan eslabones intermedios hasta la consumación, es decir, cuando exista una conexión temporal inmediata con ésta según el plan del autor.

Sostener la tipicidad de actos anteriores al inicio de la ejecución del tipo en sentido formal vulneraría el principio de legalidad²⁸⁷. Toda interpretación del tipo debe ser compatible con su tenor literal, sea extensiva o restrictiva (STS 36/2016, de 2 de febrero). Pero esto es compatible, como decía, con entender que el verbo literalmente típico está compuesto por una pluralidad de movimientos corporales agrupados valorativamente alrededor de él.

La forma de ejecución depende de la representación del autor sobre su hecho porque la realización del delito puede adoptar múltiples modalidades ejecutivas a elección de él. Existe entonces comienzo inmediato de la ejecución cuando el autor, según su representación del hecho, da principio directamente a la realización del tipo a través de una conducta peligrosa subsumible en su tenor literal. Por lo tanto, la unidad de significado de los distintos movimientos físicos que componen la conducta literalmente típica depende de su conexión temporal con la lesión del bien jurídico, así como del peligro que supongan para éste.

²⁸⁷ A juicio de algunos autores, en los delitos de mera actividad tan sólo es admisible la tentativa si se entiende que la misma puede empezar con un acto previo a la ejecución en sentido estricto, como apunta QUINTERO OLIVARES, *Parte General...*, pp. 592 y ss. Personalmente considero que esta postura supondría una flagrante vulneración del principio de legalidad.

Si alguien tiende una trampa en el bosque para capturar a una persona con intención de darle muerte, lo cierto es que puede matarla de múltiples formas. Si pretende dejarla morir de inanición, la conducta de instalar la trampa será ejecutiva respecto del delito de homicidio o asesinato. En cambio, será preparatoria si pretende llevarla a algún otro sitio en el que matarla de un disparo.

Si se tiende una trampa a un sujeto para disparar sobre él una vez en ella, la tentativa empezaría cuando el autor inicia la conducta de matar, al ser la inmediatamente anterior a la producción de la muerte. Sin embargo, la conducta de matar engloba distintos movimientos físicos que poseen una unidad de significado, como desenfundar el arma, apuntar y apretar el gatillo. Para entender iniciada la ejecución del delito no es necesario esperar al último movimiento muscular que produce la muerte, al momento en que se aprieta el gatillo, si éste forma parte de la conducta unitaria de matar que se decide practicar sin interrupción desde que se desenfunda el arma.

Se adopta, en definitiva, un criterio de delimitación mixto en el que el plan del autor se examina desde un punto de vista objetivo-formal, en virtud del cual sólo son objetivamente ejecutivos los actos que encajan en el tenor literal del verbo típico. Si bien éste se valora como una unidad de sentido compuesta en general por varios movimientos físicos temporalmente conectados entre sí y que ponen en peligro el interés atacado. Este esquema también es válido para aquellos delitos de nuevo cuño en los que se regulan conjuntamente varias conductas típicas algunas de las cuales claramente son actos preparatorios respecto del comportamiento idóneo para lesionar el bien jurídico, como sucede con la modalidad de “realizar actos de cultivo” en el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP).

Estimar que carecen de naturaleza ejecutiva conductas no susceptibles de ser subsumidas en el tenor literal del tipo permite que éste cumpla una función de límite de garantía, al indicar la frontera mínima a partir de la cuál en general el Derecho Penal puede intervenir. Con esta salvaguarda del principio de legalidad, se consigue también reforzar la previsibilidad del sistema, por cuanto se proporciona a los ciudadanos un conocimiento certero de los comportamientos prohibidos u ordenados, lo que permite optimizar la eficacia motivadora de las normas primarias.

Al hilo de las cuestiones planteadas, resulta ilustrativa la STS de 12 de julio de 1995, en la que los hechos enjuiciados son esencialmente los siguientes: cuando la víctima, de 16 años de

edad, se encaminaba a su trabajo, fue abordada por el procesado quien, después de preguntarle la hora, la espetó que se subiera a la moto, que la iba a “follar” (sic), al tiempo que le exhibía una navaja con gesto amenazador, si bien la atacada reaccionó rápidamente y, aprovechando que el acusado seguía montado en la motocicleta que conducía, pudo despistarle corriendo hasta esconderse en un portal, desde donde fue acompañada al trabajo por un conocido. El TS entiende que la conducta del acusado, a pesar de revelar por sí misma el propósito de alcanzar un acceso carnal violento, no puede ser calificada como inicio de la ejecución de un tipo contra la libertad sexual por ausencia de un daño o peligro para el bien jurídico, estimando que dicho peligro comienza cuando “se ha iniciado la ejecución de la correspondiente infracción, es decir, cuando ha empezado ya la acción que, conforme al modo en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos, normalmente ha de desembocar en la realización del correspondiente tipo delictivo”.

Prosiguiendo su análisis, señala el TS que la doctrina suele coincidir en que, para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, no basta con acudir al plan del autor, al dolo relativo al delito consumado (en los términos de las teorías puramente subjetivistas), si bien dicho plan se utiliza como elemento importante para, a través de él, junto con otros elementos objetivos, poder apreciar si la ejecución ha comenzado o no.

Se ha empezado este apartado indicando que, si bien es posible establecer un criterio general para determinar cuándo empieza la tentativa, éste debe disponer de una cierta flexibilidad para estar en disposición de adaptarse a las particularidades del caso concreto. Por lo tanto, ninguno de los criterios ofrecidos para determinar cuándo un acto realiza formalmente el tipo puede ser tomado de manera rígida o en sentido absoluto, sino que éstos deben ser entendidos como pautas orientadoras. Así, en relación con los criterios basados en la cercanía físico-temporal de los distintos actos ejecutivos, no puede decirse que quien se coloca detrás de la víctima con la intención de matarla ha iniciado la ejecución del delito de homicidio, pese a la proximidad espacio-temporal de esta actuación respecto la conducta de matar. Por el contrario, quien con varias semanas de antelación prepara un paquete bomba y lo remite en avión a su enemigo que vive en otro país, ha iniciado la ejecución de un delito de homicidio, a pesar de la lejanía espacial y temporal de la conducta descrita respecto del resultado previsto en el mencionado tipo penal.

Por otro lado, en relación con el criterio de la ausencia de actos intermedios, según el cual son ejecutivos todos los actos no separados por ningún eslabón intermedio entre la preparación y la ejecución, lo cierto es que el mismo parece poco preciso, puesto que en

él la ejecución se tiende a identificar con el único movimiento muscular realizado – p.ej., apretar el gatillo de la pistola –, en la medida que los anteriores pueden ser vistos como eslabones intermedios de la misma. Asimismo, al criterio de la peligrosidad de la conducta, según el cual realizarían formalmente el tipo aquellos actos que puedan conducir con casi absoluta seguridad al resultado perseguido, se le puede objetar que son muchas las conductas que muy probablemente son aptas para la producción del resultado, pero que sin embargo no pasan de ser actos preparatorios penalmente irrelevantes, de la misma manera que son ejecutivas conductas en las que no es muy probable la producción del resultado, como por ejemplo cuando el autor dispara contra una cama sin albergar la absoluta seguridad de que la víctima se hallará en ella. A ello habría que agregar que la existencia de peligro para el bien jurídico no es una característica privativa de la tentativa, puesto que ya en los actos preparatorios es posible identificar un peligro que va aumentando cuantitativamente hasta la efectiva lesión del bien jurídico. En relación con ello, toda decisión sobre a partir de qué “grado” el peligro reviste suficiente entidad como para dar comienzo a la ejecución resulta necesariamente arbitraria.

La referencia a la pérdida del dominio del hecho también resulta por sí misma imprecisa, por cuanto con ella se tenderá a negar la existencia de ejecución mientras subsista la posibilidad de desistimiento (p.ej, no sería ejecutiva la conducta de la esposa que abandona el domicilio conyugal tras dejar preparada la bebida con el veneno para cuando regrese su esposo, puesto que la autora todavía no ha perdido completamente el dominio sobre el hecho, en la medida que puede arrepentirse y volver a casa para tirar la bebida envenenada). En consecuencia, el criterio basado en la pérdida de dominio del hecho presenta el inconveniente de que tiende a difuminar la distinción entre actos preparatorios y desistimiento. También el criterio basado en la invasión de esferas de protección, en virtud del cual es ejecutiva la conducta que se inmiscuye en un ámbito de libertad ajeno, adolece de una acentuada indeterminación. Si bien es cierto que una conducta empieza a interesar al Derecho Penal cuándo invade una esfera de protección ajena, en realidad este criterio brinda más una fundamentación del castigo de la tentativa, que un parámetro para determinar cuándo se inicia la ejecución, al no precisar el momento a partir del cual un comportamiento es jurídico-penalmente trascendente.

Sentado lo anterior, a la vista de que ninguno de estos criterios puede ser utilizado con carácter exclusivo para establecer de modo general el instante en el que puede entenderse iniciada la realización del verbo rector del tipo desde la perspectiva del plan del autor valorado objetivamente, lo más razonable parece contemplarlos como parámetros orientativos cuya integración conjunta sí puede indicar con una cierta precisión las conductas que formalmente pueden ser reprochables a título de tentativa. En todo caso, la exigencia de que la conducta realice el verbo literalmente típico constituye una restricción de la punibilidad – frente a todos los delitos, no sólo al delito de tentativa –, a la que en una fase posterior se le deben adicionar los límites procedentes de la teoría de la imputación objetiva, los cuales permiten fundamentar materialmente el castigo a partir de la atribución al comportamiento de un significado social negativo al suponer la creación de un riesgo indebido para el bien jurídico objeto de protección, por ser una forma de ataque contra el mismo no permitida.

1.3. La terminación de la tentativa

1.3.1. Introducción

Queda por analizar si el carácter inacabado de la tentativa puede indicar una menor probabilidad de producción del resultado. Ello obliga a determinar cuándo acaba la tentativa. Al respecto voy a sostener un concepto no personal de ejecución. Esto permite distinguir dos grupos de supuestos: aquellos en los que el sujeto finaliza su aportación al hecho según su plan criminal valorado objetivamente, pero falta algún otro elemento del tipo objetivo distinto del resultado consumativo (tentativa acabada en la que la ejecución es incompleta); y aquellos en los que el sujeto ni siquiera termina su aportación al hecho (tentativa inacabada)²⁸⁸.

²⁸⁸ Según MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 248, “una fundamentación del ilícito penal que pase por entender que el resultado nada añade a un ilícito ya fundamentado exclusivamente en base al desvalor de acción y que, lógicamente, excluya tal elemento del tipo de injusto, no puede, coherentemente, considerar la no consumación como elemento del tipo, sino, simplemente, como una realidad que nos permite diferenciar lógicamente la tentativa de la consumación, y adoptar las oportunas decisiones de prevención general en base a la mayor o menor necesidad de pena”.

El carácter inacabado de la tentativa, así como el carácter incompleto de la ejecución, no tienen por qué revelar una menor peligrosidad *ex ante* de la conducta²⁸⁹. Puede ser que una tentativa inacabada sea más grave que otra acabada en la que además la ejecución sea completa. Un medio comisivo puede ser *ex ante* más adecuado que otro para producir el resultado del tipo consumado aunque sólo el menos lesivo logre realizarse completamente en el caso concreto. En el caso del que abandona a la víctima en un bosque para que muera de frío, aunque la tentativa estaría completamente ejecutada, *ex ante* las objetivas posibilidades de que el resultado se produzca serían menores que si se pretende matar de un disparo a escasa distancia, aunque en este supuesto el autor no logre finalizar la ejecución porque un tercero le desvía el arma en el último momento. Si no era *ex ante* objetivamente previsible que un tercero evitaría el disparo, esta circunstancia que impide en el caso concreto la consumación no determina una menor gravedad de la tentativa.

Al examinar si la progresión en la ejecución repercute en la gravedad de la tentativa, hay que tener en cuenta las consideraciones efectuadas a propósito de la idoneidad de la misma²⁹⁰. Se ha dicho que desde la óptica del injusto carecería de sentido “premiar” siempre al autor de una tentativa inidónea con una rebaja de la pena en dos grados porque en ella la objetiva incapacidad de resultado de la conducta se pone de manifiesto *ex post*. Esto determina que la gravedad de la infracción del imperativo contenido en la norma primaria sea la misma en la tentativa idónea que en la inidónea. Por ello se ha abogado por reservar la atenuación de la pena en dos grados para aquellos casos en los que la tentativa revele menores posibilidades *ex ante* de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, sea idónea o inidónea. En caso contrario, el sujeto se “beneficiaría” de una circunstancia (que alguien hubiera podido conocer *ex ante* la causa de inidoneidad del intento) dependiente de factores ajenos a su voluntad. Esto permite afirmar que el nivel de fracaso de la norma primaria es exactamente el mismo en la tentativa idónea que en la inidónea. Pues bien, respecto del grado de ejecución alcanzado cabe hacer consideraciones parecidas. No estaría justificado entender que el

²⁸⁹ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA: “sólo en los supuestos de realización de todos los actos de ejecución, esto es, de lo que tradicionalmente hemos conocido por frustración, aparece completo el desvalor de acción, pues sólo en este supuesto su elemento objetivo, es decir, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, se ha exteriorizado totalmente”. *Ibidem*. p. 239.

²⁹⁰ Sobre la incidencia en la finalización de la tentativa de la conservación o no del control sobre el riesgo por parte del agente, GILI PASCUAL, “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito...”, pp. 28 y ss.

hecho de quien no ha podido finalizar su aportación por causas ajenas a su voluntad es menos grave que el que sí que ha podido hacerlo, si en el primer caso la conducta era *ex ante* objetivamente más idónea que en el segundo.

Determinar cuándo la tentativa comporta la realización completa de los actos ejecutivos no seguida de consumación o tan sólo una ejecución parcial de los mismos, fundamentalmente obliga a prestar atención a dos aspectos diferentes. Por un lado, si la ejecución comprende sólo los actos que corresponden al autor o todos los objetivamente necesarios para la producción del resultado típico con independencia de quién deba realizarlos. Por otro, si el fin de la ejecución depende de la opinión del sujeto o de la realización de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado del tipo consumado.

1.3.2. Sujetos a los que corresponde la realización de los actos ejecutivos necesarios para la producción del delito

La práctica de todos los actos de ejecución que deberían producir el delito puede dar lugar a la consumación del mismo. Se muestra unánime la doctrina en ofrecer una definición formal de consumación como realización de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo de delito previsto en la parte especial del Código Penal. Basta entonces con realizar el tipo positivo, sin que sea necesaria la ausencia de causas de justificación²⁹¹. Una de las consecuencias más relevantes de la consumación delictiva es la exclusión de la posibilidad de desistimiento voluntario. Al adoptarse un concepto formal de consumación, ésta no precisa necesariamente la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido²⁹². De hecho en múltiples casos el legislador adelanta la frontera de la punición a un momento anterior a la efectiva lesión

²⁹¹ De ser el concepto de consumación objetivo-formal, también puede tener esta naturaleza la diferencia entre tentativa acabada e inacabada, así como entre ejecución completa e incompleta. Como consecuencia de ello, si el autor cree haber consumado el delito pero objetivamente no es así, no se produce la consumación. De la misma forma que, si el autor cree erróneamente que ha realizado todos los actos de ejecución que le correspondían, la tentativa será inacabada. Esta valoración objetiva sobre si el sujeto ha finalizado su aportación al hecho o sobre si la ejecución es completa debe tomar como punto de referencia el plan del autor (por ejemplo, si la explosión de la bomba depende de que encienda el interruptor un tercero que nada sabe, habrá tentativa acabada pero la ejecución será incompleta). Al respecto, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 420 y ss.

²⁹² La diferencia entre consumación y agotamiento no comporta por sí misma un tratamiento punitivo diferenciado para el autor de la conducta, aunque es relevante, entre otros efectos, en cuanto al cómputo del plazo de prescripción, que empezará a correr desde el momento de la consumación y no del agotamiento. Sobre ello, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 272.

del bien jurídico por razones preventivas, como sucede con los delitos de peligro²⁹³. Sin embargo, este adelantamiento sólo es tal si la conducta peligrosa se relaciona con un interés individual. En estos casos la consumación en sentido formal no coincide con el agotamiento material del hecho.

En la tentativa acabada el sujeto termina su aportación al hecho al realizar todo lo que está de su parte para perfeccionar el delito según su plan criminal²⁹⁴. En la ejecución completa concurren todas las circunstancias objetivas del tipo menos la producción del resultado del tipo consumado. Por lo tanto, en supuestos de ejecución incompleta la ausencia de consumación puede deberse a la no producción del resultado típico o a la ausencia de otras circunstancias que pueden depender o no de la conducta del autor. Sólo si afectan a la conducta del autor la tentativa está inacabada²⁹⁵. Asimismo para la consumación es necesario que el resultado típico sea consecuencia de la realización en él del riesgo para el bien jurídico objetivamente generado *ex ante* por la conducta, no de cualquier otro riesgo con eficacia causal. Por lo tanto, el resultado consumativo consiste en la realización del riesgo jurídicamente desaprobado objetivamente revelado por la conducta en el momento de actuar.

La cuestión acerca del final de la tentativa resulta especialmente problemática en supuestos de autoría mediata porque en ellos la realización del hecho implica la intervención en el mismo de personas distintas del sujeto activo. Aquí se defiende un concepto no personal de ejecución, por lo que todos los actos serían ejecutivos, tanto los del autor mediato como los del instrumento. La actuación del autor influye en la gravedad de la conducta, mientras que la intervención del instrumento afecta a la efectiva lesividad del hecho en el caso concreto. Por lo tanto, el carácter acabado o inacabado del intento depende de si el autor ha finalizado o no su aportación al hecho, mientras que el carácter completo o incompleto de la ejecución depende de si concurren todas las circunstancias del tipo objetivo del tipo consumado menos el resultado. Si alguien intenta matar a otro echando veneno en el café que debe servir un criado a la

²⁹³ Sobre las representaciones que debe poseer el autor acerca de la posibilidad de que se produzca la lesión del bien jurídico, para estimar satisfecho el dolo respecto de este elemento típico, KISS, A., “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado’?”, en *InDret*, nº 1, 2015, pp. 3 y ss.

²⁹⁴ Vincula el final de la tentativa a la salida del plan del autor de su esfera de control, CRUZ MÁRQUEZ, “Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura”, en *RDPC*, nº 2, 2009, pp. 14 y ss.

²⁹⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Parte General...*, pp. 592 y ss.

víctima, si el instrumento no actúa, estaremos ante una tentativa acabada en la que la ejecución será incompleta.

Tradicionalmente se ha señalado que la dañosidad del hecho no depende únicamente de si se produce o no la consumación, sino también de si se realizan o no los eslabones intermedios que conducen a ella. La realización de estos eslabones intermedios puede depender de la intervención causal de otras personas o incluso de factores no humanos. Según esto, la efectiva lesividad del hecho puede verse reducida tanto por la ausencia de consumación como de cualquier otro factor causalmente necesario para producirla en el caso concreto. Todas estas circunstancias repercuten en la consecución del plan previsto. Por lo tanto, el intento resulta menos exitoso cuantos menos actos de ejecución se realicen. Pero esto no significa que la ausencia de algunos de los factores llamados a incidir causalmente en la producción del resultado del tipo consumado incida en la objetiva gravedad del injusto de la tentativa.

Como he dicho, en sentido formal hay consumación cuando se realizan todas las circunstancias previstas en el tipo consumado. Por lo tanto, la ejecución es completa si se realizan todas las circunstancias del tipo consumado menos la relativa al resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, con independencia de que formen parte o no de la conducta del autor. Con ello se configura un concepto no personal de ejecución de carácter objetivo. Aunque el autor finalice su aportación al hecho, la ausencia de consumación puede deberse a factores humanos o no. Se debe a un factor humano en casos de autoría mediata cuando el instrumento no actúa (el criado no sirve el café). Se debe a factores no humanos cuando cualquier otro fenómeno físico-naturalístico impide la producción del resultado del tipo consumado (el autor abandona la víctima en el bosque para que muera de frío, pero una subida repentina de las temperaturas le permite salir ilesa).

En cambio, la tentativa está acabada o inacabada en función de si el autor ha terminado o no su aportación al hecho. Por lo tanto, la ejecución puede ser incompleta a pesar de estar la tentativa acabada²⁹⁶. Si el autor es sorprendido antes de verter en el

²⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 271 y ss., también distingue la tentativa acabada de la ejecución completa. Según él, el autor puede finalizar su aportación al hecho sin completar la ejecución, al no haber realizado alguno de los actos objetivamente necesarios para producir el resultado,

café todas las cucharadas de veneno necesarias para producir la muerte, la tentativa está inacabada. En cambio, si el criado no llega a servir el café con la cantidad de veneno necesaria, la tentativa será acabada pero la ejecución incompleta.

La distinción entre tentativa acabada e inacabada, así como su correlación con el desistimiento activo y pasivo, resulta problemática en supuestos en los que el sujeto, tras haber realizado actos ejecutivos idóneos para producir el resultado que no desembocan en el mismo en contra de lo esperado, aún podría perseguir la consumación con ulteriores actos, con los mismos medios empleados en la primera ocasión o con otros. Por ejemplo, en el caso de quien dispara a otro con ánimo de matarle pero la bala no da en el blanco y el sujeto no continúa disparando, aunque podía hacerlo y lo sabía. Según la “teoría de la consideración global”, la tentativa no ha fracasado definitivamente mientras el sujeto todavía pueda perseguir la producción del resultado realizando actos ejecutivos inmediatamente conectados con los llevados a cabo hasta entonces, con independencia de que previamente haya habido fracasos, de modo que el abandono voluntario da lugar a la impunidad de la conducta. Es decir, el suceso se contempla como un todo unitario, lo que incluye tanto lo realizado como lo que es posible realizar, de modo que tanto los actos realizados como los realizables formarían una unidad natural de acción, siempre que concurriese entre ellos una conexión espacio-temporal. Desde esta perspectiva, el ejemplo propuesto sería de tentativa inacabada puesto que para desistir bastaría con el simple abandono de la ejecución. Por el contrario, según la “teoría de la consideración individualizada”, la tentativa está acabada tras el fracaso del primer intento, si bien no hay posibilidad de desistimiento activo por cuanto no habría resultado cuya producción evitar²⁹⁷.

Las circunstancias que en el caso concreto impiden que la tentativa sea acabada o que la ejecución sea completa no inciden en la gravedad de la tentativa si no eran *ex ante* objetivamente previsibles. Sólo en caso de que lo sean pueden determinar una menor probabilidad de resultado. Si alguien apunta a la víctima con la intención de disparar contra ella pero en el último momento irrumpe un tercero quien impide que el autor apriete el gatillo, la peligrosidad *ex ante* de la conducta es la misma aunque la tentativa sea inacabada y la ejecución incompleta, siempre que no fuera objetivamente esperable la aparición del sujeto que evita la consumación. En este caso la no finalización de la

lo que se comprueba con posterioridad al hecho (p. ej. si un sujeto coloca una bomba para matar a otro, pero activa mal el reloj y detona cuando no hay nadie, la tentativa estará acabada, pero la ejecución será incompleta). Sin embargo, bajo su punto de vista el grado de ejecución es una cuestión material relativa a la idoneidad del intento valorada *ex post*.

²⁹⁷ Vid. ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, pp. 18 y ss.

ejecución no tiene ninguna relevancia en orden a graduar la intensidad del injusto de la tentativa.

En cambio, si la causa que impide al sujeto finalizar su aportación al hecho podía preverse objetivamente en el momento de actuar, la peligrosidad *ex ante* de la conducta puede ser menor, o incluso puede convertir la tentativa en irreal. Supongamos que un sujeto penetra en una morada ajena con la intención de sustraer los objetos de valor que se hallen dentro pero al final no encuentra nada porque sus propietarios se están mudando a otra vivienda, conociendo el autor esta circunstancia. En este caso la causa que impide finalizar la ejecución sí que era *ex ante* objetivamente previsible, lo que determina que la peligrosidad de la conducta en el momento de actuar sea menor. Sería un supuesto de tentativa inidónea, ya que la causa que convirtió el intento en incapaz de resultado no era tan probable que concurriera como para considerarlo irreal.

Puede concluirse entonces que la ausencia de finalización de la aportación del sujeto a su plan criminal sólo repercute en una menor gravedad del injusto cuando la causa que la provoca (humana o no humana) determine una menor probabilidad de resultado al ser *ex ante* objetivamente previsible. Obviamente, cuando sea casi seguro que esta causa de inidoneidad concurrirá, la tentativa es irreal. Si alguien pretende practicar un aborto al azar, escogiendo finalmente a una mujer no embarazada sin tener ningún indicio de que podía estarlo, la concurrencia de la causa que impide que la tentativa sea acabada y la ejecución completa puede ser tan probable que el espectador objetivo podría no incurrir en el mismo error nomológico (imaginemos que escoge a una mujer de edad avanzada, la cual pertenece a una franja de edad en la que estadísticamente sólo existe un porcentaje mínimo de embarazadas).

Con esto se llega a las mismas conclusiones que las expuestas a propósito del carácter idóneo o inidóneo de la tentativa. Es decir, que la gravedad de ésta sólo depende de la objetiva previsibilidad de que la misma cause el resultado típico. En este juicio de pronóstico no son circunstancias determinantes ni el carácter idóneo o inidóneo del intento, ni si éste está acabado o inacabado, ni si la ejecución es completa o incompleta. Sólo pueden condicionar la gravedad de la tentativa las circunstancias con posible eficacia causal. Es decir, las que deberían concurrir en el curso causal anticipado como

pronóstico de futuro, con independencia de que formen parte de la conducta del autor, de la de otros sujetos o de que tengan naturaleza no humana.

Tampoco depende el final de la ejecución de si el curso causal escapa del control del autor después de su intervención en el hecho. Esta posibilidad de control tan sólo comporta la facultad de intervenir para evitar la producción del resultado del tipo consumado, por lo que no puede contemplarse como parte de la ejecución²⁹⁸. Por lo tanto, sólo condiciona la necesidad de que el desistimiento voluntario sea activo o pasivo para que éste tenga eficacia eximente de responsabilidad penal. De no ser así, la posibilidad de actuar tendría que concebirse como una omisión²⁹⁹, opción que debe descartarse cuando la ejecución incluye actos positivos. En el supuesto del autor que deja dispuesto el café con veneno para que la víctima se lo beba, de no ser precisa ninguna intervención posterior, la tentativa está acabada aunque el sujeto activo conserve el dominio sobre el hecho al quedarse observando por si es necesario asegurar activamente el resultado.

En síntesis, se adopta un concepto no personal de ejecución de carácter objetivo en el que, para la completa ejecución del hecho, no basta con que el autor realice todo lo que a él le correspondía, sino que además deben concurrir todos los factores que han de producir la consumación, con independencia de si forman parte de la conducta del autor, y de si tienen carácter humano o no. En consecuencia, la finalización por parte del autor de su aportación sólo completa la ejecución cuando concurren las demás condiciones causalmente relacionadas con el resultado, menos el resultado en sí.

1.3.3. Valoración objetiva o subjetiva del grado de ejecución alcanzado

Se ha dicho que el concepto de ejecución es no personal, por lo tanto se incluyen en él factores independientes de la conducta del autor. Sin embargo, queda por aclarar quién debe valorar si se han realizado o no todos los actos de ejecución, si este sujeto debe ser

²⁹⁸ Cfr. ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, pp. 43 y ss. En opinión de la autora hay tentativa acabada desde el momento en que el sujeto ejecuta la conducta planeada y deja que siga su curso el proceso causal del que ya ha perdido por completo el control.

²⁹⁹ En cuanto a la estructura de los tipos de omisión, puede consultarse la sugerente aportación de ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret*, nº 4, 2013, pp. 16 y ss.

el propio autor o un espectador objetivo³⁰⁰. Al respecto se adopta un criterio objetivo en el que no basta con que el autor considere que la ejecución ha finalizado, sino que además intersubjetivamente debe ser posible afirmar que se han realizado todos los actos efectivamente necesarios para la consumación desde la perspectiva del plan del autor³⁰¹.

Si se defiende un criterio subjetivo, la decisión acerca de cuándo ha finalizado la ejecución depende de la representación del autor sobre el desarrollo de su plan³⁰². En cambio, con arreglo a un criterio objetivo debe partirse de la opinión de un espectador imparcial, pero considerando el plan del autor³⁰³. La ventaja de valorar objetivamente el plan del autor es que la decisión en torno al final de la tentativa no se deja en manos de éste³⁰⁴. Conforme al plan del autor puede determinarse entonces si era objetivamente exigible alguna actuación más para acabar su ejecución. Por lo tanto, se trata de formular un juicio objetivo sobre el subjetivo plan del autor³⁰⁵.

³⁰⁰ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 243 y ss.

³⁰¹ Algunas corrientes adoptan un criterio distinto al expuesto al exigir un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico para que la tentativa esté acabada. No habría así tentativa acabada cuando la bala tan sólo roza el cuerpo de la víctima, al no poder producirse el resultado de muerte con lo actuado hasta entonces. Sin embargo, que la tentativa sea acabada o inacabada únicamente puede depender de la actuación del sujeto, no del resultado de su actuación, puesto que en caso contrario el merecimiento de pena se condicionaría a un factor causal dependiente del azar. Abordando estos aspectos, ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, p. 40.

³⁰² Como expone LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal...*, p. 153, históricamente la jurisprudencia española ha seguido, aunque no de forma unánime, un criterio subjetivo en virtud del cual se consideraba que la tentativa estaba acabada cuando el autor realizaba todo lo necesario para alcanzar su meta según su propio plan.

³⁰³ En este caso la valoración del grado de ejecución se verifica comparándolo con lo que se requiere objetivamente según el plan del autor, según destaca DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 98 y ss.

Como expone ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, p. 25, “según el parecer doctrinal, con arreglo al punto de vista objetivo hay que entender que la tentativa es acabada cuando el sujeto haya realizado todos los actos realmente necesarios para la producción del resultado, en el sentido de que así lo juzgue un espectador imparcial atendiendo a la estructura del tipo objetivo de que se trate. Si el espectador imparcial concluye, en cambio, que el sujeto solo ha practicado parte de esos actos, la tentativa será inacabada”.

³⁰⁴ El grado de ejecución alcanzado se compara con el plan diseñado por el autor, lo que consiste en contar el número de actos ejecutivos realizados del total de la secuencia proyectada (si se han realizado todos, la ejecución será completa; si se han realizado en parte, la ejecución será incompleta).

Cualquier corrección objetiva que se introduzca a una teoría subjetiva sobre la valoración del plan del autor resulta incoherente con sus propios puntos de partida, habida cuenta de que el grado de realización de dicho plan no tiene por qué corresponderse con la proximidad o lejanía de los actos ejecutados respecto de la consumación del delito. Al respecto, DOVAL PAIS, *La penalidad...*, pp. 98 y ss.

³⁰⁵ En la misma línea MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 245, afirma que “este último criterio nos parece, sin duda, el más adecuado para resolver los problemas de delimitación entre tentativa acabada e inacabada. La decisión no puede corresponder al sujeto activo, cuyo plan delictivo y cuya opinión sobre hasta cuándo debe actuar puede ser a priori errónea, sino a un espectador objetivo. No puede dejarse al sujeto activo la catalogación de los actos, ya que entonces la decisión acerca de la gravedad de la conducta, y con ello de la sanción a imponer, no dependerá de la objetivamente mayor o menor manifestación externa del desvalor de la acción, sino de la opinión que el sujeto tenga de dicha

La jurisprudencia también valora el plan del autor a la hora de decidir sobre la terminación de la tentativa. En la STS 1060/2014, de 5 de junio, se considera que el acusado dio inicio a la realización de los actos necesarios para el fin que se proponía (matar), sin llegar a desarrollarlos en su totalidad, cuando entró en el domicilio común, en el que se encontraba su mujer, y, tras preguntarle si iba a llevar a los niños al colegio, la agarró por el cuello, instante en el que ésta giró la cabeza y pudo ver como su marido sacaba un cuchillo que llevaba oculto en el pantalón y lo dirigía a su cuello, comenzando a forcejear los dos y sujetando ella la hoja del arma para evitar que la hiriese.

Esta cuestión resulta especialmente relevante en supuestos en los que el sujeto, ante el fracaso de un primer intento consumativo o para asegurarlo, realiza uno o más intentos. Estos intentos pueden ser de la misma clase (asesta un segundo disparo) o de otra (primero dispara, después propina varios golpes). Si un espectador imparcial consideraría que los actos ejecutivos no son idóneos para producir el resultado, y que todavía es posible realizar otros intentos, en caso de que el autor resuelva abandonar la prosecución de la ejecución habrá desistimiento voluntario respecto de una tentativa inacabada. Esto es lo que sucede si, con ánimo homicida, el autor dispara sobre la víctima en dos ocasiones, pero por mala puntería sólo la alcanza en zonas no vitales, desistiendo de realizar un tercer disparo que podría ser letal, aun cuando concurrirían unas lesiones dolosas consumadas.

De ser los actos ejecutivos adecuados para producir el resultado, con independencia de que pueda haber otros intentos, estaremos ante una tentativa acabada, en cuyo caso el desistimiento voluntario tendría que ser activo. Es decir, el sujeto debería hacer algo para impedir que la completa contribución al hecho que ha realizado produzca el resultado. En cambio, de optar en el mismo caso por asegurar la causación del resultado, la realización de los siguientes intentos continúa la ejecución, sin que los actos

exteriorización. Sin embargo, ello no es obstáculo para considerar que el espectador objetivo habrá de juzgar si se realizaron o no todos los actos de ejecución siempre sobre la base del plan del autor, ya que, de otra forma, difícilmente podrá saber de qué figura delictiva se trata y si se ejecutaron o no todas las conductas necesarias para la producción del resultado. El espectador objetivo habrá de conocer el plan del autor para saber, por ejemplo, si éste quería matar o simplemente lesionar, o si pensaba matar a causa del veneno vertido en la sopa, o bien a través del veneno contenido en el segundo plato, o, finalmente, a causa de las dosis repartidas entre ambos”.

ejecutivos ya realizados queden anulados. Los otros intentos prolongan entonces una ejecución que de otro modo quedaría ya finalizada³⁰⁶.

Sin conocer el plan del autor no es posible saber si resulta exigible que éste prosiga su actuación para completar la ejecución. Esto es así porque el plan del autor permite saber cuáles eran las circunstancias mediante las que pretendía ejecutar su resolución criminal y, por lo tanto, cuál es la proximidad de la ejecución realizada respecto de la total ejecución proyectada. Pero el plan del autor debe valorarse objetivamente, de modo que la pregunta es cuándo un espectador imparcial consideraría que el plan del autor se ha ejecutado completamente³⁰⁷.

La jurisprudencia mayoritaria también se muestra partidaria de determinar el grado de ejecución alcanzado en función del plan del autor valorado objetivamente, de manera que la tentativa sea acabada cuando un espectador imparcial entienda que el sujeto ha realizado, según su proyecto delictivo, todo lo necesario para alcanzar su meta. Por ejemplo, en la STS 942/1997, de 30 de junio, se estima que el comienzo del ejercicio de la violencia no comporta la realización de todos los actos necesarios para yacer con la víctima, sino que, para la ejecución del acto sexual contra la voluntad de ésta, se requiere además lograr reducir su resistencia o tenerla a disposición para el acceso carnal: “ello no ocurrió en el caso que ahora juzgamos, dado que la víctima no ha perdido totalmente su capacidad de rechazo del autor, es indudable que éste todavía no había logrado la situación en la que hubiera podido acceder carnalmente a la perjudicada y, por ello, no había realizado todos los actos que según su plan hubieran permitido la consumación”.

Según ha puesto de manifiesto la doctrina, el carácter acabado o inacabado de la tentativa tiene singulares efectos en el campo del desistimiento voluntario. De ser la tentativa inacabada, basta con que el autor suspenda la prosecución de su parte de la ejecución para que exista desistimiento voluntario³⁰⁸. De ser la tentativa acabada, el

³⁰⁶ En opinión de ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, pp. 40 y ss., en la tentativa acabada hay desistimiento cuando el sujeto evita voluntariamente la consumación del delito, lo que puede suceder por acción u omisión. Según este punto de vista, en la tentativa acabada el desistimiento podría ser pasivo. P. ej., cuando el sujeto que ha disparado con intención de matar a la víctima, que no fallece, renuncia a seguir disparando cuando la tiene tumbada en el suelo. Sin embargo, también podría sostenerse que en este supuesto no cabe desistimiento (ni activo ni pasivo) porque el sujeto ha perdido el control del curso causal en el momento del disparo, de modo que la no producción del resultado se debe al azar, no a desistimiento voluntario del autor.

³⁰⁷ De valorarse subjetivamente el plan del autor, lo único relevante sería su representación sobre el hecho, de modo que la tentativa estaría acabada o inacabada según si el sujeto cree haber realizado todos o parte de los actos necesarios para la producción del resultado. *Ibidem.* p. 25 y ss.

³⁰⁸ GILI PASCUAL, “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito...”, pp. 9 y ss.

desistimiento voluntario precisa una actuación activa del autor para evitar la producción del resultado previsto en el tipo consumado³⁰⁹.

En misma línea, la jurisprudencia estima que en la tentativa inacabada el desistimiento, para ser válido y eficaz, debe estar rodeado de las siguientes circunstancias: a) la primera, omisión de parte de los actos precisos para la consumación del delito; b) la segunda, voluntariedad de tal omisión (no querer continuarla, aunque el que desiste pudiera hacerlo); y c) tercera, carácter definitivo de tal omisión o suspensión. Cuando surgen obstáculos a la prosecución de la parte de la ejecución que corresponde al acusado, con independencia de que éstos sean “insuperables” o impedimentos meramente “relativos”, se decanta la jurisprudencia por reputar involuntario el desistimiento y, por ende, ineficaz. Por ejemplo, en relación con un delito de robo, no hay desistimiento voluntario cuando al acusado se le rompe el destornillador que llevaba para forzar el cajón en el que se encontraba el objeto del que pretendía apoderarse, aunque hubiera podido abrirlo con ese mismo instrumento roto o con cualquier otro que hubiera tenido a su alcance en ese momento (STS 1060/2014, de 5 de junio).

2. Tipo subjetivo en la tentativa

2.1. Introducción

Para la existencia de un delito intentado es necesario que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza, así como que actúe con la voluntad de consumir el delito³¹⁰. La resolución de consumir el delito es entonces un requisito esencial del tipo subjetivo de la tentativa. Sólo en virtud de esta resolución tiene sentido hablar de “intento”. Esto obliga a excluir la posibilidad de comisión imprudente de un delito intentado³¹¹. Pero no

³⁰⁹ La doctrina afirma, de forma mayoritaria, que la tentativa está acabada cuando el sujeto abandona el curso causal, de modo que la producción del resultado depende ya sólo del azar, momento en el que tiene lugar una manifestación plena de la resolución delictiva. El abandono del curso causal, o la pérdida de control sobre el mismo, es el momento que marca el límite entre la tentativa inacabada y la acabada, con independencia de que el sujeto activo tras su conducta disponga de más posibilidades de perseguir la consumación sin hacer uso de ellas voluntariamente. Mientras el sujeto mantenga el proceso ejecutivo en su esfera de dominio, la tentativa estará inacabada. Se muestra partidario de este punto de vista, ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, pp. 38 y ss.

³¹⁰ Según señala FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, p. 75, “la voluntad de cometer el delito, que trasciende en la tentativa al daño que objetivamente se ha producido, constituye, pues, un elemento indispensable (el *cogitare*) del inicial concepto de tentativa”.

³¹¹ Sobre como en los tipos imprudentes no se manifiesta una voluntad de cometer el delito, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 416 y ss.

Por su parte, opina BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, p. 280, que en los delitos imprudentes el autor no idea un plan. Por lo tanto, de admitirse la tentativa en la imprudencia no sería posible distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos.

Lo que caracteriza el tipo subjetivo de la tentativa es la voluntad de consumación, la cual no concurre en la imprudencia. Ello impide aceptar una tentativa de un delito imprudente, pero no la realización parcial

obsta a que haya tentativa en supuestos en los que el sujeto supone imprudentemente que concurren los presupuestos de una causa de justificación o incurre en error de prohibición vencible.

Tradicionalmente se ha entendido que el tipo subjetivo de la tentativa es idéntico al de la consumación, lo que ha determinado que sea objeto de menor atención doctrinal³¹². Una concepción que ha sido expresada en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.

A modo de ejemplo, en la STS de 12 de julio de 1995 se señala que “como infracción esencialmente dolosa, ha de existir conciencia y voluntad de realizar un determinado delito. El dolo en la tentativa es el mismo que en la frustración y en la consumación, incluso igual que en los actos preparatorios. Siempre la intención del sujeto ha de referirse a la consecución del delito en su perfección. No hay dolo de tentativa diferente del dolo de consumación”.

Sin embargo, algunos autores sostienen que no siempre es posible asimilar el dolo del tipo intentado con el dolo del delito consumado³¹³. Según ellos, en la tentativa inacabada, la voluntad de realizar los actos ejecutivos practicados con ánimo de consumación no permite presumir que éste se hubiera mantenido hasta el final de la ejecución. Entienden de esta manera que en la tentativa inacabada el tipo subjetivo tan sólo abarca el dolo referido a la parte de la ejecución realizada. Esto les permite postular que en la tentativa inacabada la intensidad del dolo no es la misma que en la consumación. Y, en consecuencia, fundamentar una menor punición respecto de la tentativa acabada.

Desde esta perspectiva, sólo en la tentativa acabada se habría manifestado completamente el dolo propio del delito consumado, toda vez que en ella la voluntad del

de un delito imprudente, como conducta imprudente no seguida del resultado. Para la punición de estas conductas el legislador ha previsto los delitos de peligro abstracto, en los cuales la actuación del sujeto no produce un resultado de lesión pese a rebasar los límites de la prudencia. Vid. MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 220.

³¹² Es usual considerar que la tentativa requiere la concurrencia parcial de la parte objetiva del tipo consumado y total de su parte subjetiva: “la voluntad de consumación no realizada objetivamente, es lo característico de la tentativa. No existirá pues tentativa cuando el autor, a pesar de ejecutar acciones objetivamente adecuadas al resultado, no acoja en su voluntad el evento típico”. Vid. MAURACH, *Tratado II...*, p. 172.

³¹³ Las diferencias entre tentativa y consumación no se agotarían entonces en el aspecto objetivo del tipo, en la presencia en el delito consumado de un resultado ausente en la tentativa, como remarca MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 244 y ss.

autor comprendería todos los actos necesarios para la producción del resultado que corresponden al autor³¹⁴. En relación con ello, significa MIR PUIG que, si el dolo supone la voluntad y conocimiento de la realización de la conducta descrita en el tipo a conciencia de su peligrosidad específica de injusto, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado, porque exige la voluntad y conocimiento de la misma conducta³¹⁵.

Una parte de la doctrina, incluso algunos seguidores de una teoría objetiva sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, propone que el primer objeto de estudio en relación con esta figura sea la intención delictiva, de modo que sólo tras ello podría abordarse el comienzo de la ejecución como manifestación externa. Sin embargo, las consecuencias de este planteamiento, según el cual el Derecho Penal debe examinar primero si el sujeto actuó con la voluntad de transgredir una norma penal, reservando para un segundo momento el análisis de si la conducta era objetivamente peligrosa para el bien jurídico-penal tutelado, son claramente insatisfactorias. En primer lugar, porque supone una indebida intromisión del Estado en el fuero interno del individuo, puesto que se investiga cuál es la motivación de conductas cuya dañosidad social todavía no ha sido corroborada. Y, en segundo lugar, porque dificulta la explicación de la impunidad de la tentativa irreal, en la que la intención delictiva es evidente. Así pues, si bien es innegable que no puede emitirse un juicio de valor sobre la relevancia penal de una conducta sin escudriñar su aspecto interno, la primera comprobación a realizar es si el acto en cuestión objetivamente puede considerarse socialmente nocivo, al invadir ilegítimamente esferas de libertad ajenas, de modo que es esta nota del hecho la que habilita para efectuar el resto de verificaciones³¹⁶. Más concretamente, en una concepción del Derecho Penal que trascienda los conceptos tomados de las ciencias naturales, y por lo tanto asentado sobre bases normativas o valorativas, la investigación sobre la relevancia jurídico-penal de un comportamiento debe iniciarse a través de la comparación del mismo con las expectativas de conducta generadas socialmente para

³¹⁴ Conviene tener presente que definir el dolo es siempre una tarea normativa, de modo que en todo caso es labor del intérprete determinar la relevancia que en dicha definición deba darse a ciertos estados mentales. No es por tanto el dolo una propiedad empírica, sino un atributo normativo. Con mayor detalle, RAGUÉS I VALLÈS, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, en *InDret*, nº 3, 2012, pp. 2 y ss.

³¹⁵ Vid. MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal...”, pp. 1 y ss.

³¹⁶ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 103 y ss.

una persona en la posición del autor³¹⁷. Este sistema, según el cual el primer aspecto de la conducta que se analiza es su relevancia social, ofrece la ventaja de que es válido para todos los tipos de delito.

En este sentido, si la punibilidad de la tentativa depende de la existencia de una conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, en el supuesto de que éste se halle ausente, es decir cuando no existe ningún peligro de lesión del bien jurídico o cuando éste no tiene suficiente entidad, lo lógico sería concluir que el acto carece de relevancia para el Derecho Penal, con independencia de cuál sea la intención del autor. Como han puesto de manifiesto amplios sectores de la doctrina, la creación de riesgos, como primer elemento de la teoría de la imputación objetiva, es también el primer elemento a analizar ante cualquier delito. En consecuencia, a diferencia de lo que mayoritariamente se opinaba hasta finales del siglo XX, la utilización de la teoría de la imputación objetiva no debe restringirse a los delitos imprudentes, los cuales por definición son consumados y de resultado, sino que puede extenderse a todas las clases de tipos penales, también al de la tentativa, pese a la imposibilidad de referirse en ella a la realización del riesgo en el resultado³¹⁸. Así pues, la imputación objetiva, como sistema de atribución de responsabilidad penal de carácter valorativo, requiere de una interpretación normativa de todos sus componentes, de modo que lo que desde un punto de vista ontológico es una causa del resultado sólo interesa al Derecho Penal en la medida que suponga la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Por lo demás, la relación de riesgo como criterio de imputación sigue siendo objetiva a pesar de que en ella sean relevantes aspectos subjetivos, es decir, a pesar de conformarse a partir de los conocimientos sobre el hecho del autor, puesto que éstos se valoran objetivamente y, en esta medida, se emite un juicio que pretende ser representativo de la opinión acerca del hecho de la media estadística de los ciudadanos.

Recapitulando, el dolo por sí mismo es impune, es decir, sólo adquiere relevancia penal cuando la conducta ya es objetivamente reprochable y, en consecuencia, lo primero que debe estudiarse para determinar la existencia de un delito es si la actuación

³¹⁷ Los elementos descriptivos son aquellos cuya constatación puede acontecer mediante una percepción sensorial, mientras que los elementos normativos sólo pueden establecerse a través de un juicio de valor. Introduce algunos matices a esta clasificación, KINDHÄUSER, “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”, en *InDret*, nº 2, 2014, pp. 13 y ss.

³¹⁸ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 109 y ss.

del autor se mantuvo o no dentro de su propio ámbito de libertad ya que el Derecho Penal tan sólo puede intervenir frente a comportamientos que, al invadir ámbitos de libertad ajenos, pueden calificarse de comunicativamente relevantes. Únicamente los comportamientos que desde un punto de vista objetivo-externo puedan ser considerados socialmente perturbadores son susceptibles de ser interpretados con el complemento de su aspecto subjetivo-interno. Se apoya todo esto, como decía, en el convencimiento de que el Derecho Penal no se interesa por las conductas humanas como meras modificaciones del entorno natural, sino como formas de comunicación social, lo que obliga a valorar el significado social de las mismas al margen de su proyección ontológica.

En definitiva, dentro de la tendencia a considerar que el delito consumado y el delito de la tentativa son dos clases de hechos punibles estructuralmente diversos, históricamente se ha sostenido que el dolo de estas dos manifestaciones delictivas no puede asimilarse: mientras que el dolo del delito consumado realizaría todo el proceso delictivo, el dolo de la tentativa sólo lo realizaría de modo parcial. Se estima con ello que la tentativa es incompleta en relación con el delito consumado, no sólo en su aspecto objetivo, sino también en su vertiente subjetiva, puesto que en ella el dolo sería cuantitativamente inferior. De esta manera las posibles posturas acerca de la estructura de la tentativa pueden reconducirse esencialmente a tres: la de quienes consideran que la tentativa es objetivamente incompleta pero subjetivamente perfecta, la de quienes entienden que es incompleta tanto objetiva como subjetivamente, y la de quienes consideran que es tan perfecta como el delito consumado. Sentado lo anterior, procede avanzar que no existe un específico “dolo de tentativa”, puesto que quien actuara sólo con el deseo de intentar el delito pero no de consumarlo, no estaría en puridad actuando con dolo, en tanto que no buscaría la producción de un resultado no querido por el Derecho Penal. P.ej., la actuación de quien realiza funciones de agente provocador no va acompañada de la voluntad de consumir el delito en el que interviene, es decir, de lesionar el bien jurídico, de modo que la conducta no se realiza con “dolo de tentativa”, sino que debe considerarse impune por ausencia de dolo³¹⁹.

³¹⁹ *Ibidem.* pp. 248 y ss.

2.2. Similitudes y diferencias con el tipo subjetivo del delito consumado

Es evidente que la concurrencia de los presupuestos típicos del delito intentado depende del correspondiente tipo consumado, al configurarse estructuralmente la tentativa como una relación parcial de este último³²⁰. El tipo subjetivo de la tentativa está compuesto por la voluntad de cometer el delito, así como por elementos subjetivos del injusto distintos del dolo en los casos en los que el tipo consumado también los exija. La necesidad de que la actuación sea dolosa es intrínseca al propio concepto de tentativa al constituir los intentos fallidos un fracaso desde la perspectiva del autor. Por eso es usual afirmar que en la tentativa la voluntad de cometer el delito va más allá del daño efectivamente ocasionado al bien jurídico, lo que explica que se configure como un tipo incongruente por exceso subjetivo.

La posición doctrinal que asimila la resolución de cometer el delito de la tentativa con la de la consumación puede considerarse mayoritaria³²¹. Contra esta opinión se alza un sector doctrinal según el cual el dolo de la tentativa inacabada es diferente del de la consumación en términos cuantitativos y cualitativos. Se dice que en la tentativa inacabada el autor ha realizado sólo parcialmente la voluntad delictiva necesaria para la consumación, al no haber finalizado su aportación al hecho. Y, en consecuencia, que no se ha demostrado que hubiera mantenido la voluntad delictiva manifestada hasta el final de su parte de la ejecución.

No obstante, en la tentativa inacabada la voluntad delictiva no tiene por qué ser en todo caso inferior que en la acabada o en la consumación, sino que puede ser idéntica o incluso mayor³²². El autor que es detenido antes de terminar su aportación al hecho

³²⁰ La voluntad dirigida a la realización de un hecho previsto en la Ley como delito es intrínseca al concepto de tentativa. Una misma conducta constituye o no tentativa en función de si está o no animada por la resolución delictiva, de modo que el dolo se erige en un elemento esencial del delito intentado. Partiendo de esta consideración, las opiniones se dividen en cuanto a si el tipo subjetivo de la tentativa es igual o no al de la consumación. Sobre este punto, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, pp. 207 y ss.

³²¹ En este mismo sentido se pronuncian MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 414: “la tentativa es un *tipo dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de homicidio, hurto, estafa, etc. De ahí que el *dolo* sea el mismo que en el delito consumado”.

³²² En referencia a la doctrina del TS, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ / JUDEL PRIETO / PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal...*, pp. 343 y ss., señalan que el tipo subjetivo de la tentativa está constituido por el dolo del hecho típico, cuyo contenido es el mismo que en el delito consumado, de modo que en el tipo subjetivo no hay ninguna diferencia entre tentativa y consumación al ser común en ambos casos el

perfectamente podía estar más dispuesto a consumar el delito que otro que ha dudado hasta el último minuto si debía proseguir la ejecución, aunque haya podido terminarla. Sin embargo, sí que es cierto que en la tentativa inacabada el grado de manifestación de la resolución delictiva es menor, en el sentido de que no puede saberse hasta dónde habría llegado el autor en la ejecución de su plan.

A mi juicio el dato de que en la tentativa inacabada no pueda conocerse hasta dónde habría llegado la voluntad de consumación no puede ser la base sobre la que justificar una atenuación de la pena en dos grados. Lo relevante es la voluntad manifestada en el momento en el que ha de decidirse si se ha infringido el imperativo de conducta de la norma primaria, esto es, en el momento de emprender la conducta. Y en ese momento la voluntad de consumación no depende del grado de ejecución que finalmente pueda alcanzarse. Puede ser que en el momento de emprender el intento el autor se muestre mucho más decidido a cometer el delito, aunque después no pueda terminar la ejecución por causas ajenas a su voluntad, que otro que lo estaba menos y que duda hasta el último instante, por más que finalmente acabe realizando todo su plan criminal. La experiencia lo único que demuestra es que hay autores más resueltos que otros. Por lo tanto, el grado de resolución siempre va a depender del caso concreto. Esto impide hacer abstracción de esta circunstancia para generalizarla en función de la clase de tentativa. Ante esta situación, lo único cierto es que en la tentativa inacabada no puede presumirse que la voluntad de consumación se hubiera mantenido hasta el final³²³. Pero aplicando el mismo criterio tampoco existirían indicios para suponer que no se habría mantenido hasta el final³²⁴. En consecuencia, parece más razonable valorar la intensidad de la resolución criminal en el momento en el que sí puede conocerse, esto es, en el

ánimo resolutorio de llevar a término el proyecto criminal ideado. La distinción entre tipo consumado y tipo intentado residiría entonces en que en este último el tipo objetivo no está completo, a pesar de sí estarlo el tipo subjetivo.

³²³ En opinión de MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, p. 211 y ss., no puede afirmarse en general que en la tentativa inacabada la voluntad de realización del resultado típico sea menor, pero sí que tal voluntad sólo se ha manifestado parcialmente, una manifestación que se incrementa paulatinamente a medida que se van realizando los actos ejecutivos hasta su finalización. A medida que se avanza hacia la consumación, el dolo fragmentado va completándose. Según la autora, resulta inadmisibles presumir *contra reo*, de la voluntad de realización de los actos ejecutivos practicados, la existencia de voluntad de realización de los actos que no llegaron a emprenderse, toda vez que el sujeto activo podría haber desistido. Según ello, en los supuestos de tentativa inacabada tan sólo podría probarse la voluntad de realización de los actos efectivamente ejecutados, así como la decisión de consumar el delito, pero no la voluntad de completar la ejecución.

³²⁴ Según entiende BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, pp. 274 y ss., en la tentativa la intención de alcanzar la consumación delictiva está completa, si bien no se produce su total exteriorización, al no realizarse todas las circunstancias objetivas del tipo consumado.

momento de emprender la conducta. Y en ese momento todavía no se sabe si la tentativa será acabada o inacabada. Por otro lado, dado que la intensidad de la resolución delictiva no puede generalizarse en abstracto, debe valorarse en el caso concreto.

En otro orden de cosas, el tipo subjetivo de la tentativa exige el dolo típico, el cual puede ser de cualquier clase. No obstante, algunos sectores se oponen a la punición de la tentativa con dolo eventual. Algunos de ellos porque lo consideran una forma de imprudencia, otros porque entienden que en él el autor no considera suficientemente probable la producción del resultado del tipo consumado. En las posiciones contrarias a la punición de la tentativa con dolo eventual subyace una identificación entre las acepciones vulgares del sustantivo “tentativa” y del verbo “intentar” con el concepto de “tentativa de delito”. Vulgarmente se habla de “tentativa” y de “intento” en el sentido de predeterminar la actuación hacia un objetivo previamente establecido, de preordenar la conducta hacia un fin determinado mediante una anticipación mental de sus metas. En sentido extradogmático es usual hablar de que se “intenta” aprobar unas oposiciones, ganar un campeonato, superar una enfermedad, cumplir con determinadas obligaciones, etc. Por lo tanto, si se identificara la intención de producir el resultado propia del dolo con la acepción vulgar de “intentar” como orientación de la conducta hacia un fin, únicamente cabría tentativa con dolo directo de primer grado. Es por ello preferible entender que el dolo de la tentativa puede ser de cualquier clase al poder abarcar tanto la voluntad de producir el delito como la aceptación del mismo como una consecuencia posible o probable de la conducta.

2.3. El dolo y la resolución de delinquir en la tentativa

El problema que se suscita en este punto es qué pasa si el autor de la conducta condiciona la ejecución del delito al cumplimiento de un determinado suceso, en cuyo caso la determinación de delinquir está condicionada, lo que plantea la duda de si en estos supuestos puede estimarse cumplido o no el aspecto subjetivo de la tentativa. En relación con ello va a defenderse la tesis de que la existencia de lo que en el fondo es una reserva de desistimiento no afecta a la concurrencia del elemento subjetivo de la tentativa, puesto que lo condicionado no es la determinación de infringir la norma primaria, esto es, de delinquir, sino la continuación de un hecho delictivo cuya ejecución ya está decidida. En este sentido, lo relevante es que el autor haya adoptado

internamente la decisión de cometer un delito, aunque la prosecución de la ejecución permanezca incierta. En puridad, en relación con esta problemática pueden distinguirse dos grandes supuestos. En primer lugar, la situación en la que el autor espera hasta el momento en el que la condición se cumpla para tomar la decisión en favor de la ejecución del delito. En este supuesto existirá una simple propensión al delito, si bien la justificación de la impunidad de la conducta no procede sólo de la ausencia de dolo, sino antes que nada de la circunstancia de que la ejecución todavía no se ha iniciado (por no haberse cumplido aun la condición de la que depende la decisión de comenzar a ejecutarlo). En segundo lugar, puede distinguirse el caso del autor que, habiendo iniciado la ejecución del delito, se reserva la facultad de desistir de la misma en caso de que no se cumpla una determinada condición. Estos supuestos deben ser punibles porque el autor ya ha tomado la decisión de delinquir antes de que la condición se cumpla, en tanto que ha dado comienzo a la ejecución, de modo que sólo espera a que la condición se cumpla para acabar una ejecución ya previamente decidida e iniciada. Es en esta medida que en estos casos existe la resolución de delinquir propia del dolo.

Algunos autores estiman que en la tentativa la resolución de delinquir tiene que ser incondicionada. Y, por lo tanto, que no existe tentativa cuando la prosecución de la realización típica se supedita al cumplimiento de alguna condición. La pregunta acerca de la firmeza de la resolución de delinquir en general sólo tiene sentido en el marco de la fase ejecutiva, es decir, cuando se ha iniciado la realización de la conducta *ex ante* objetivamente adecuada para producir el resultado. En fases anteriores al principio de la ejecución, sólo tiene sentido hacérsela si la conducta realiza la parte objetiva de un acto preparatorio punible.

Un conductor esconde mercancías en su coche para llevarlas de contrabando al extranjero, en el caso de que no obtenga la pertinente autorización administrativa para exportarlas. Si se ha limitado a esconder la mercancía en el vehículo, previendo dirigirse dentro de unos días a la frontera, de la que está a una distancia considerable, es evidente que no se ha iniciado la fase ejecutiva, al ser la conducta anterior a la prevista en el tenor literal del delito de contrabando de los arts. 1 y 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, consistente en “exportar” la mercancía. Al conformar la conducta un simple acto preparatorio, es indiferente que la resolución de delinquir sea más o menos intensa.

En cambio, si el conductor se dirige a la frontera y es interceptado justo en el momento en que está haciendo cola para cruzar la aduana, la ejecución del delito ha comenzado. En este supuesto, sí que tendría sentido preguntarse sobre los efectos de supeditar el mantenimiento de la resolución de delinquir al cumplimiento de una determinada condición, puesto que hasta el último momento el autor podía estar resuelto a desistir del intento en caso de obtener la autorización administrativa para la exportación de la mercancía.

En mi opinión la exigencia de que la resolución de delinquir sea incondicionada excluye la posibilidad de desistimiento voluntario. Por lo tanto, entiendo que basta con que el autor esté resuelto a cometer el delito, aunque la decisión de proseguir la ejecución dependa del cumplimiento de alguna condición, al igual que sucede con los tipos dolosos consumados (en el mismo sentido, STS de 10 de noviembre de 1997). Lo relevante es entonces que la resolución de delinquir tenga una cierta firmeza, pero no hasta el extremo de exigir un propósito inicial de mantenerla inmutable hasta el final. Esto permite afirmar que puede haber “resolución” aunque el autor se halle “irresuelto” a continuar la ejecución hasta el final.

En caso de que el sujeto no obtenga la autorización para exportar la mercancía al extranjero antes de traspasar la frontera, mantendrá vigente la resolución criminal durante todo el proceso de ejecución al no haberse cumplido la condición de la que dependía el desistimiento. Si obtiene el mencionado permiso, la resolución de delinquir decaerá hasta provocar la suspensión de la ejecución, en cuyo caso habrá desistido voluntariamente. Pero no puede decirse que en este supuesto no haya habido resolución criminal durante la fase ejecutiva, sino que simplemente ésta se ha revocado.

Es suficiente con que el sujeto esté resuelto a cometer el delito en el momento de iniciar la ejecución³²⁵. El dato de que después esta resolución desaparezca no anula el hecho de que, en el momento de comenzar la ejecución, ha existido. La revocación de la decisión a favor de cometer el delito sólo es relevante si se traduce en desistimiento voluntario³²⁶. En este caso las causas de la revocación son indiferentes, por lo que puede deberse a que la comisión del delito resulta innecesaria desde la perspectiva del móvil perseguido por el autor.

³²⁵ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 417 y ss., entienden que “si el sujeto aún no está decidido a cometer el delito, no existe dolo. Pero si está decidido y sólo espera a que se produzca una condición favorable para llevarlo a cabo, sí existe dolo”.

³²⁶ Vid. CRUZ MÁRQUEZ, “Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura...”, pp. 23 y ss.

En el ejemplo propuesto, si el sujeto no cruza la frontera porque ha obtenido el permiso para exportar la mercancía en el último momento, habrá desistimiento voluntario, sin tener los motivos del mismo ninguna relevancia. En otra variante del mismo caso, si el sujeto cruza la frontera al ignorar que ha obtenido el permiso, habrá tentativa inidónea.

La conclusión es entonces que la resolución de delinquir de la tentativa presenta los mismos rasgos que en el resto de delitos dolosos³²⁷. Basta entonces con que el autor esté firmemente resuelto a cometer el delito en el momento de iniciar la ejecución, aunque condicione la prosecución de la ejecución al cumplimiento de alguna condición. Es decir, aunque no descarte la opción de desistir en un momento ulterior. Exigir que la resolución de delinquir sea desde un principio incondicionada supondría eliminar la posibilidad de desistimiento voluntario, habida cuenta de que en éste lo característico es que el autor revoca su decisión. Y esta revocación es posible porque el autor no estaba incondicionadamente resuelto a cometer el delito. Por lo tanto, en el momento de actuar el autor debe estar “firmemente” decidido a cometer el delito, aunque no lo esté “irrevocablemente”. Esto permite afirmar que estar “irrevocablemente” decidido a cometer el delito integra un grado de “firmeza” superior al exigible en la tentativa³²⁸.

Otra cosa es que no exista la resolución de delinquir en el momento de actuar. Es decir, que en ese momento ésta no tenga el nivel de firmeza mínimo como para poder hablar de dolo. Es lo que ocurre en el caso de un sujeto que perfora la pared para mirar

³²⁷ Según ALASTUEY DUBÓN, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento...”, pp. 35 y ss., en el momento en que todavía faltan elementos del tipo objetivo por realizar, el sujeto no puede tener consciencia de la “existencia” de los mismos, por lo que la dimensión intelectual del dolo incorpora una previsión hacia el futuro. Es decir, cuando el sujeto comienza la ejecución, no solo ha de tener conciencia y voluntad de realizar el acto, sino también tiene que representarse y tener la voluntad de realizar el resto de actos ejecutivos. Por lo tanto, en la tentativa inacabada puede distinguirse el elemento subjetivo referente a la parte de la ejecución conseguida del elemento subjetivo del injusto adicional consistente en la intención de completar la ejecución. Es decir, en la tentativa inacabada la resolución delictiva solo se manifiesta externamente de modo parcial.

³²⁸ En opinión de ALASTUEY DUBÓN, no hay una diferencia cualitativa entre el tipo subjetivo de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada porque cuando el sujeto realiza el primer acto ejecutivo tiene que actuar ya representándose la consumación y queriéndola, es decir, el dolo tiene que abarcar todos los elementos del tipo del delito consumado. Sin embargo, que al iniciar la ejecución el dolo abarque todos los elementos del tipo del delito consumado no prueba que este dolo se hubiera mantenido constante hasta el final de la ejecución. Por lo tanto, para distinguir el tipo subjetivo de la tentativa acabada del de la tentativa inacabada, no puede afirmarse que en el segundo caso no existe voluntad de consumación. Pero sí que no ha quedado acreditado que tal voluntad de consumación se hubiera mantenido hasta concluir el sujeto su contribución al hecho. Es decir, tanto en la tentativa acabada como en la inacabada existe voluntad de consumación, con la única diferencia de que en cada caso el grado de exteriorización de tal voluntad es distinto porque en la tentativa inacabada no puede saberse si el sujeto hubiera desistido de su propósito antes de finalizar su aportación. Expresado en otros términos, que el autor tenga voluntad de realizar la ejecución no prueba que la hubiera mantenido hasta el final. *Ibidem*. pp. 35 y ss.

qué hay al otro lado y decidir entonces si toma alguna cosa o no. O de un funcionario de correos que abre una carta para averiguar si en su interior hay algo de lo que desee apropiarse. Ambos casos se caracterizarían por un notable estado de irresolución. En concreto, por la circunstancia de que en todo momento la resolución criminal ha carecido de la mínima firmeza necesaria. No hay entonces una verdadera decisión de ejecutar el delito, sino una simple inclinación o propensión al hecho. En estos casos sí estaría ausente la resolución criminal que forma parte del tipo subjetivo de la tentativa.

En la misma línea el TS entiende que para la existencia de tentativa es suficiente con el dolo de dar comienzo a la ejecución del delito, circunstancia que no puede negarse por la no producción del resultado, puesto que “en todas las tentativas lo decisivo es lo que el autor se proponía hacer y comenzó a hacer, no lo que logró” (STS 1165/2010, de 26 de noviembre).

De hecho tanto el inicio como la continuación de la ejecución siempre dependen del cumplimiento de determinadas condiciones, aunque el autor no sea consciente de ellas. Ello en la medida que el autor no puede controlar todos los factores con incidencia causal en el hecho. En el robo a un banco meticulosamente preparado, la ejecución puede no finalizar porque se derrumba el edificio; en un homicidio la víctima puede fallecer de un infarto instantes antes del disparo; en una estafa la ejecución puede no iniciarse porque el autor se pone enfermo el día en el que tenía previsto engañar al sujeto pasivo; etc. Todos estos factores condicionan la ejecución en el caso concreto con independencia de que el autor los haya previsto expresamente en su plan criminal. Que el autor los prevea o no depende de si tiene un carácter más calculador o impulsivo. En consecuencia, no resulta exigible en la tentativa que la resolución de delinquir sea incondicionada. En caso contrario, se estaría premiando injustificadamente al autor más previsor por anticipar más condiciones de las que depende la ejecución. Su voluntad criminal siempre estaría más condicionada que la de un autor más irreflexivo o menos previsor. Es decir, la resolución criminal estaría condicionada a que el banco no se derrumbe, o a que la víctima no fallezca antes del disparo, o a que el día en que el autor tiene previsto engañar al sujeto pasivo no se ponga enfermo.

Por lo tanto, tales condiciones sólo inciden en la valoración del carácter voluntario o involuntario del desistimiento en función de si materialmente impiden continuar la ejecución. Si el banco se derrumba, el desistimiento será involuntario. Por el contrario,

si el autor desiste de cometer la violación porque la mujer contra la que se ha abalanzado no le gusta, el desistimiento será voluntario. Se desprende de todo ello que un cierto estado de irresolución no es incompatible con la voluntad de ejecución necesaria para la existencia de tentativa. Hay resolución aunque el sujeto no se halle irrevocablemente decidido a cometer el delito, en el sentido de que se reserve la posibilidad de desistir. Es suficiente entonces con que en el momento de actuar el sujeto esté decidido a continuar la ejecución, aunque no descarte la opción de que ésta se interrumpa. El propio concepto legal de desistimiento voluntario pone de manifiesto que el legislador acepta como resolución delictiva decisiones cuya ejecución el autor no descarta abandonar antes de su finalización. Por consiguiente, hay tentativa aunque hasta el último acto de ejecución el autor no haya resuelto su conflicto interno entre los impulsos que lo conducen a la ejecución y las reservas que le suscita la consumación.

Desde una óptica preventiva, sería político-criminalmente desaconsejable dejar impune el intento del autor dubitativo que se cuestiona si continúa o no la ejecución. Lo único relevante entonces es si este estado de irresolución determina un desistimiento voluntario o no. Piénsese que dicho estado puede mantenerse hasta un momento muy próximo a la consumación. Un sujeto entra a robar a un banco contemplando la posibilidad de no salir con el dinero en caso de que le toque la lotería en el sorteo que se está celebrando durante la realización de su plan criminal, si bien la policía logra acceder al interior del local antes y proceder a su detención. Si se estima que el autor debe estar irrevocablemente decidido a cometer el delito, en este supuesto habría que dejar impune la conducta, pese a la proximidad de la misma respecto de la consumación, toda vez que el autor no descartaba la posibilidad de desistir en caso de ser agraciado en el sorteo de lotería.

En suma, una vez el autor ha iniciado la ejecución del delito, puede decirse que alberga la resolución de delinquir intrínseca al concepto de dolo, aunque la prosecución de aquélla se condicione a la concurrencia de un presupuesto fáctico que se sabe inseguro, es decir, aunque dicha resolución pueda decaer durante la ejecución. Es por tanto incorrecto requerir la existencia de una “decisión incondicional”, por cuanto es difícilmente imaginable una situación en la que alguien adopte una determinación incondicional de realizar un hecho (p.ej., incluso los ladrones más resueltos a atracar el banco pueden contemplar la opción de abandonar la ejecución en caso de ser

sorprendidos por la policía). En una concepción del delito en la que la imputación objetiva se configure como el primer requisito del mismo, el alcance de la discusión descrita es menor, en atención a que la impunidad de aquellos casos en los que el inicio de la ejecución depende del cumplimiento de una determinada condición puede defenderse a partir de una valoración objetiva de la conducta, toda vez que desde esta perspectiva la tentativa punible depende en primer término de la materialización de un comportamiento que pueda ser valorado como una indebida forma de ataque al bien jurídico. Así pues, en estos supuestos la razón de ser de la impunidad de la conducta, y por lo tanto de la inexistencia de tentativa, puede ser la objetiva irrelevancia penal del acto.

Imagínese que un ginecólogo decidido a practicar un aborto realiza un reconocimiento previo de la víctima al que de todas formas estaba obligado. En este caso, el sujeto se comporta objetivamente como cualquier otro ginecólogo, de modo que no vulnera las expectativas de conducta generadas en relación con un individuo colocado en su posición. Por lo tanto, su conducta es irrelevante desde el punto de vista de la imputación objetiva al no exceder los límites del riesgo permitido, pese a que su intención sea delictiva. Esto sigue siendo válido aunque el sujeto exteriorice inequívocamente su voluntad delictiva. El ladrón que exhibe una navaja a la víctima y le dice “la bolsa o la vida”, si bien exterioriza su voluntad de cometer un delito de homicidio (condicionada al cumplimiento de una condición, esto es, a que la víctima no le entregue el bolso), lo cierto es que tal resolución, por seria o firme que sea, resulta penalmente irrelevante porque no puede decirse que el sujeto ha iniciado objetivamente la ejecución de dicho delito, de manera que desde el prisma de la imputación objetiva no se le podría atribuir una tentativa de homicidio (en concurso real con un delito de robo con violencia o intimidación consumado o intentado).

En otro orden de cosas, a nivel conceptual algunos autores admiten la posibilidad de tentativa de delito por imprudencia. Según ellos, sería posible ejecutar un delito imprudente sin consumarlo al no originarse el resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico. Esta opción queda descartada desde el prisma del Derecho positivo, a parte de que político-criminalmente no parece satisfactoria por la inseguridad jurídica que generaría. Algunos autores entienden que los delitos de peligro abstracto vienen a cubrir esa laguna de punibilidad al incriminarse en ellos conductas en las que

la experiencia demuestra que frecuentemente lesionan el bien jurídico. Es decir, conductas imprudentes que en el caso concreto no lo lesionan ni ponen en una situación de concreto peligro. Con todo, los delitos de peligro abstracto sólo responderían a la estructura objetiva de una tentativa de un delito de imprudente si la conducta se relaciona con la posibilidad de lesión de un interés individual.

En contra de la admisión de tentativas imprudentes se aduce que el propio concepto de tentativa implica la intención de intentar alcanzar una determinada finalidad, de modo que una tentativa en la que el autor no persiguiera de manera consciente una finalidad penalmente relevante carecería de sentido. Ahora bien, a nivel teórico, no existe inconveniente para imaginar una tentativa imprudente, como sucede si la conducción con exceso de velocidad no produce la muerte de un concreto transeúnte porque éste en el último instante logra esquivar la trayectoria del vehículo. En este caso no puede negarse que la vida del transeúnte estuvo en peligro, ni por lo tanto que la actuación del autor constituye una indebida forma de ataque contra la incolumidad del bien jurídico vida. Cuando estas imprudencias sin resultado se elevan a la categoría de delitos autónomos, en el fondo lo que se hace es punir a quienes ponen en peligro determinados bienes jurídico-penales sin la finalidad de lesionarlos, es decir, se sanciona una tentativa imprudente de lesión del interés tutelado. Pero, al margen de consideraciones estrictamente dogmáticas, lo cierto es que, en una visión político-criminal, la punición de todas las tentativas imprudentes entorpecería considerablemente la vida en comunidad, al redundar en una hipertrofia del Derecho Penal que mermaría su utilidad social. Es por ello preferible, en aquellas situaciones en las que el legislador estima especialmente grave la norma de cuidado inobservada, aunque su infracción no desemboque en un resultado de lesión del bien jurídico, elevar la conducta, que estructuralmente se corresponde con una tentativa imprudente, a la categoría de delito de peligro. La conclusión sería entonces que a nivel teórico son imaginables tentativas de un delito imprudente, si bien por razones de política criminal su sanción sólo debe estar excepcionalmente prevista mediante los delitos de peligro³²⁹.

V. Recapitulación

³²⁹ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 256 y ss.

La tentativa tiene naturaleza típica por cuanto el principio de legalidad impide castigar conductas no previstas en un tipo de delito. La tipicidad de la tentativa es independiente del tipo consumado y, por ende, no supone una modificación o degradación de éste. La independencia del tipo intentado respecto del consumado se fundamenta en que ambos tipos se relacionan en un mismo nivel de abstracción. Sólo así puede explicarse que el tipo de la tentativa sólo pretenda regir cuando no concurren los presupuestos del tipo consumado en aplicación de las reglas sobre el concurso de leyes. En la actualidad esta es la opinión mayoritaria, toda vez que existe un amplio consenso doctrinal en que la tentativa tiene una naturaleza típica independiente del tipo consumado. Estas consideraciones siguen siendo válidas aunque el tipo de la tentativa se forme por la integración de un precepto legal general y abstracto (el que regula la tentativa) con otro de concreto (el que regula el tipo de delito consumado). Este mecanismo de formación del supuesto de hecho de la tentativa no es una exigencia dogmática, sino que responde a razones de técnica legislativa, puesto que la previsión en la Parte Especial de cada uno de los tipos intentados junto a los tipos consumados daría lugar a un sistema reiterativo o menos ágil. Esta decisión de política legislativa se fundamenta en la circunstancia de que en la práctica se cometen menos tipos intentados que consumados, o en que por lo menos los tipos intentados se persiguen menos que los consumados.

El adverbio “objetivamente” del concepto legal de tentativa previsto en el art. 16 CP se refiere a la apariencia de adecuación *ex ante* de la conducta. Son *ex ante* objetivamente peligrosas la tentativa idónea y la inidónea. No lo es la tentativa irreal, por lo tanto ésta no es punible. La objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta no se refiere a la pertenencia de la misma a una clase de conductas en general o en abstracto peligrosas. Es decir, a un género de conductas que muestren con una regularidad o frecuencia constante que lesionan el bien jurídico. Esta peligrosidad estadística de la conducta puede ser el motivo político-criminal de su incriminación, pero además la conducta debe ser adecuada en el caso concreto. Esto significa que para un espectador objetivo colocado en la posición del autor debe ser posible afirmar que la conducta es adecuada para producir el resultado del tipo consumado a la vista de todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles *ex ante* para ellos.

En toda tentativa se produce un error nomológico sobre el curso causal en la medida que el intento de consumación fracasa en el caso concreto. En la tentativa inidónea la

causa de inidoneidad *ex ante* habría podido ser conocida por alguien distinto del propio autor o de un espectador con unos conocimientos y un grado de diligencia medios. Si la pistola es descargada por un tercero antes del disparo aprovechando un descuido del autor, alguien sabía *ex ante* que el intento era inidóneo. Pero no lo habría sabido el espectador objetivo, puesto que una persona con un nivel de diligencia medio no habría comprobado si la pistola estaba efectivamente cargada. Es decir, no habría contemplado la hipótesis de que un tercero hubiera descargado la pistola aprovechando un descuido momentáneo del autor. Por lo tanto, en la tentativa inidónea basta con que la conducta sea *ex ante* adecuada según los datos cognoscibles para el autor y para un espectador objetivo.

En cambio, en la tentativa idónea la causa de inidoneidad no sólo no es cognoscible para el autor y un espectador medio, sino que no lo es para nadie. Si el banco se derrumba en el momento en que se está cometiendo el robo como consecuencia de un movimiento sísmico repentino, nadie habría conocido *ex ante* la causa de inadecuación al no formar parte la misma de las regularidades observadas en la experiencia empírica. Es decir, ni un experto geólogo habría advertido *ex ante* la causa de inadecuación. Cuando más avanza el conocimiento humano en torno a las regularidades que rigen los fenómenos físicos, más reducido es el campo para apreciar tentativa idónea.

Los conocimientos sobre la situación del espectador objetivo son los mismos que el autor. Por lo tanto, el espectador objetivo incurre en los mismos errores ontológicos que el autor con independencia de que los mismos sean vencibles o invencibles. El conocimiento intersubjetivo se refiere entonces a las leyes empíricas generalmente admitidas. De esta manera la conclusión es que la adecuación de la conducta debe valorarse, por un lado, según la interpretación que un espectador objetivo haría de los datos sobre la situación conocidos por el autor y, por otro, según los conocimientos de la media estadística de los ciudadanos sobre las regularidades observadas en los fenómenos físico-naturalísticos, más los especiales del autor.

Tanto en la tentativa idónea como en la inidónea existe un bien jurídico concreto *ex ante* susceptible de ser objetivamente lesionado. Por lo tanto, en ambas hay objeto jurídico. Sin embargo, en la tentativa inidónea no hay objeto material porque la conducta no recae físicamente sobre ninguno de los soportes materiales en los que

puede corporeizarse el bien jurídico. En el caso del autor que dispara sobre el sujeto que se halla tumbado en la cama sin saber que éste ha fallecido previamente, la tentativa es inidónea porque la causa de inidoneidad era *ex ante* cognoscible para alguien, aunque no para el autor ni para un espectador objetivo. El bien jurídico que *ex ante* se pone en peligro es concreto: la vida o la salud. Sucede no obstante que la conducta no recae físicamente sobre un objeto válido para actuar como soporte material de dicho bien jurídico, habida cuenta que la conducta se dirige contra un cadáver, no contra una persona viva. La ausencia de objeto material en la tentativa inidónea es otra característica que permite diferenciarla de la tentativa idónea.

Sentado lo anterior, puede decirse que en la tentativa idónea hay un resultado de peligro concreto en el sentido de que uno de los posibles objetos materiales del delito entra en el radio de posible eficacia causal de la conducta. En los delitos de peligro concreto sucede lo mismo: si alguien que conduce temerariamente está a punto de atropellar un peatón, el delito *ex ante* disponía de objeto material, al ser previsible que la conducta recayera físicamente sobre el objeto (el peatón) en el que se materializaban los bienes jurídicos concretos atacados (la vida y la salud). Por lo tanto, la estructura del tipo objetivo de la tentativa idónea puede asimilarse a la de los delitos de peligro concreto consumados. Correlativamente, algunos autores equiparan el tipo objetivo de la tentativa inidónea al de los delitos de peligro abstracto. Esto sólo sería posible si se entiende que en el sustrato de los delitos de peligro abstracto hay algún interés individual. La viabilidad de esta hipótesis será examinada al abordar el tema de la tentativa en los delitos de peligro abstracto.

A la vista de las diferencias entre la tentativa idónea y la inidónea, cabe concluir que esta distinción no predetermina la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta. Por lo tanto, la gravedad del injusto de la tentativa es independiente de tal clasificación. Por otro lado, en cuanto a las reglas para la determinación del marco penal de la tentativa, los dos módulos proporcionados por el art. 62 CP, atinentes respectivamente al “grado de ejecución alcanzado” y al “peligro inherente al intento”, se refieren a la misma circunstancia del hecho: la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta. Por lo tanto, la rebaja de la pena en uno o dos grados no depende del carácter idóneo o inidóneo del intento. En esta misma línea, la jurisprudencia mayoritaria se muestra favorable a

reconducir los dos parámetros del art. 62 CP al principio de ofensividad (STS 539/2014, de 2 de julio; 693/2015, de 7 de noviembre; 191/2016, de 8 de marzo).

Se adopta un concepto formal de ejecución según el cual hay inicio de la tentativa cuando se da principio a la realización del verbo previsto literalmente en el tipo según el plan del autor valorado objetivamente. Por lo tanto, los actos anteriores a la realización del verbo formalmente típico en ningún caso inician la ejecución. Ello no obsta a que el significado del verbo típico en sentido literal esté articulado unitariamente alrededor de diversos movimientos musculares. Todos estos movimientos musculares se integran en la unidad de significado expresada mediante el verbo literalmente típico. No basta con que el autor considere que ha empezado a realizar el verbo previsto en el tipo, sino que además debería considerar que ello es así un espectador objetivo a la vista del plan del autor.

Por otro lado, se defiende un concepto no personal de ejecución. Son ejecutivos todos los actos que conducen a la consumación según el plan criminal del autor valorado objetivamente, con independencia de quien deba realizarlos y de si tienen carácter humano o no. Hay ejecución completa cuando sólo falta el resultado del tipo consumado, mientras que hay ejecución incompleta cuando además falta algún otro elemento del tipo. La ejecución es completa o incompleta según el plan del autor, pero valorado objetivamente. Por lo tanto, la pregunta a formular es si para un espectador objetivo se habría ejecutado o no completamente el plan criminal diseñado por el autor. Para responder a esta pregunta, entre otros criterios, los de la inmediatez temporal o de la puesta en peligro pueden resultar útiles.

En cambio, la tentativa está acabada cuando el autor ha finalizado la aportación al hecho que a él le correspondía según su plan criminal sin que se produzca el resultado del tipo consumado. Como demuestran los supuestos de autoría mediata, puede ser que la tentativa esté acabada y la ejecución incompleta, por ejemplo si el instrumento no actúa. No obstante, ni el carácter acabado o inacabado del intento, ni el carácter completo o incompleto de la ejecución, inciden en el pronóstico objetivo sobre la probabilidad de que se produzca el resultado, ni por lo tanto en la gravedad de la tentativa. A no ser, claro está, que la causa que impide acabar la tentativa o completar la ejecución sea *ex ante* intersubjetivamente previsible.

En cuanto al tipo subjetivo de la tentativa, basta con que en el momento de actuar el dolo sea el mismo que el de los delitos dolosos consumados. Por lo tanto, es suficiente con que exista una resolución de delinquir firme, aunque el autor se reserve la posibilidad de desistir voluntariamente en función de si se cumplen o no determinadas condiciones. Por ejemplo, si el autor condiciona la continuación de la ejecución de un delito de violación a que la víctima resulte físicamente de su agrado; o la continuación de la ejecución de un delito de robo a la circunstancia de no resultar agraciado en el sorteo de lotería que se está celebrando en ese momento. Si la resolución de delinquir existe es porque tiene una cierta firmeza, pero ésta no debe alcanzar una intensidad tal que la convierta en irreversible o irrevocable.

La delimitación de las tentativas punibles de las impunes en función del objetivo peligro de consumación que la conducta muestra en el momento en que se realiza, es la más coherente con el objetivo principal del Derecho Penal, consistente en la protección preventiva de bienes jurídicos. De esto se deriva que el adelanto de las barreras defensivas que se produce con la tentativa y los delitos de peligro es compatible con las exigencias del principio de lesividad. No puede decirse que las conductas de estas modalidades delictivas sean inocuas para los intereses tutelados penalmente. Antes lo contrario, su significado social es comunicativamente relevante en tanto que son percibidas como una ofensa o daño al bien jurídico. El autor no se observa sólo como un ser individual, sino también como un ser social, lo que implica valorar el grado de nocividad de su conducta en el entorno social en que ésta tiene lugar. Y en ése entorno social, la desaprobación que se proyecta sobre las conductas de las tentativas punibles y de los delitos de peligro puede ser de gran entidad. Es decir, también estas conductas se contemplan como perturbadoras de las posibilidades de participación social de los ciudadanos, al suponer una defraudación de las expectativas de conducta en virtud de las cuales las esferas de libertad individual de los otros serán respetadas. También el TS establece la frontera mínima de punición en función de la idoneidad del intento y, en consecuencia, entiende que la tentativa irreal queda excluida del tipo penal de la tentativa (STS 1165/2010, de 26 de noviembre).

Sin embargo, ni en la tentativa ni en los delitos de peligro basta con que la conducta sea estadísticamente peligrosa. No puede hacerse abstracción de las conductas

generalmente peligrosas, sino que la objetiva peligrosidad *ex ante* debe comprobarse en el caso concreto, lo que supone emitir el juicio de idoneidad a partir de todas las circunstancias cognoscibles para el autor y un espectador medio en el momento de actuar. Ese juicio de adecuación formulado al inicio de la ejecución no se invalida en cuanto tal por la circunstancia de que luego no se acabe produciendo un resultado de lesión del bien jurídico. Esto es así porque, ante las mismas circunstancias advertibles *ex ante*, el pronóstico sobre el desarrollo causal del hecho seguiría siendo el mismo.

Si la finalidad esencial del Derecho Penal es la protección preventiva de bienes jurídicos, resulta lógico prohibir sólo conductas que en el momento de realizarse se muestran adecuadas para lesionarlo. Asimismo resulta racional que en el marco del proceso de producción normativa el legislador trate de identificar aquellas conductas que en general lo lesionan. Todo esto justificaría la opción de fundamentar la punibilidad de la tentativa y de los delitos de peligro en la introducción o incremento no insignificante ni socialmente adecuado de un factor de riesgo para el bien jurídico, así como que la posibilidad de perjudicar el bien jurídico sea potencial. En definitiva, esta pretensión de controlar el azar en el momento en el que aún es posible evitar la lesión del interés tutelado permite combinar la máxima eficacia posible del sistema penal con los principios y garantías inherentes al mismo.

La jurisprudencia del TS parece asumir un paradigma parecido cuando razona acerca de los motivos que justifican la punibilidad de la tentativa inidónea. Se señala de esta forma que actualmente sería superflua una norma equivalente al art. 52.2 CP anterior, mediante la que se sancionaban como tentativa supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Se añade que el art. 16 del texto vigente redefinió el concepto de tentativa al adicionar la expresión “objetivamente”. Se estima que ésta implica que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, “objetivamente” considerados, deben ser “racionalmente aptos para ocasionar el resultado”. Todo esto se concreta en la necesidad de que, para una persona media situada en el lugar del autor con los conocimientos especiales de éste, el plan y los medios empleados “deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común”. Según ello, “deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados,

‘objetivamente’ valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)’’.

Se considera que en estos casos la intervención penal es legítima porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado a través de una conducta inserta en la órbita del tipo, y utilizando un medio generalmente idóneo, aun cuando no lo haya sido en el caso concreto: “sostener la concepción contraria afirmando desde una perspectiva *ex post* que el resultado no podía producirse dada la acción del seguro, que el acusado no retiró por desconocer que se encontraba accionado, y sosteniendo en consecuencia la impunidad de esta acción equivaldría, prácticamente, a la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción’’ (STS 1060/2003, de 21 de julio). Como colofón de lo anterior, en la STS 630/2004, de 18 de mayo, se indica que “toda tentativa en la que la realización del tipo no sea dependiente de la mera imaginación del autor, sino de un plan objetivamente racional, es punible en el Derecho vigente’’.

TERCERA PARTE. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

I. Introducción

Al principio de la investigación se ha avanzado que excedería en mucho de las posibilidades de la misma elaborar un estudio minucioso sobre la dogmática de la tentativa o sobre la dogmática de los delitos de peligro abstracto, por lo que con una actitud bastante más modesta aquí simplemente se intenta contribuir a la delimitación del injusto material de estos últimos a través de la transposición a ellos de la estructura del tipo objetivo de la tentativa inidónea. Obviamente, de ello se derivan algunas otras cuestiones que no por accesorias o periféricas son menos relevantes, como, por ejemplo, la relativa a la carga de ofensividad mínima de todo injusto penal, lo que como problema esencialmente normativo a su vez se relaciona con los baremos que para estos efectos proporciona la teoría de la imputación objetiva, singularmente las teorías de la adecuación y del fin de protección de la norma debidamente sintetizadas entre sí³³⁰. Ciertamente, la sustantivación de los delitos de peligro abstracto dista mucho de constituir una discusión cerrada en el momento actual, en atención a que siguen primando interpretaciones de los mismos basadas en una consideración general y no particular del hecho imputado al autor³³¹, para lo que se recurre fundamentalmente a dos

³³⁰ La exigencia de peligrosidad típicamente relevante de la conducta debe su existencia y enfatización como requisito central de la antijuridicidad material a la teoría de la imputación objetiva, inicialmente centrada en la imputación de resultados. De esta manera lo que caracterizaría toda conducta típica sería el aspecto de riesgo, como peligro de producción del resultado desaprobado. Con ello el riesgo se concibe como una cualidad específica de la conducta. Vid. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Jaén Vallejo), Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 95.

³³¹ Dentro de una teoría funcional del Derecho Penal, no cabe duda de que las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto encuentran en la propuesta de JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal* (trad. Cancio Meliá / Feijóo Sánchez / Peñaranda Ramos / Sancinetti / Suárez González), Ed. Palestra Editores, Lima, 2000, p. 37, el marco epistemológico idóneo para sus intentos de justificación y desarrollo. De hecho el autor alemán utiliza estas figuras delictivas como argumento para la reorientación de los fines del Derecho Penal que postula, en el proceso de transición de un modelo de defensa de bienes jurídicos a otro basado en la confirmación de la vigencia de la norma a través de la reacción punitiva. En concreto afirma que para la administración estatal de una sociedad más o menos compleja no basta con el establecimiento de normas contra la lesión de bienes jurídicos, por lo que además existiría la necesidad de que determinados comportamientos considerados inocuos por algunos ciudadanos (es decir, desde una perspectiva descentralizada) fueran considerados peligrosos de modo centralizado por el legislador, en su vertiente de ataque contra la identidad social. Según él, en los delitos de peligro abstracto se trata claramente de mantener, no determinados objetos, sino la vigencia de la norma: “quedaría claro que la garantía de la expectativa de no tener que tomar en cuenta ni siquiera un comportamiento que sólo de modo abstracto está referido al resultado, forma parte de los elementos de la sociedad que determinan su identidad, de modo que cabe justificar desde el punto de vista funcional las correspondientes disposiciones penales”.

mecanismos que en cierta medida se implican mutuamente entre sí: el primero, contemplar la peligrosidad como mero motivo para el legislador; el segundo, la presunción de que la conducta supone un peligro para el bien jurídico, al formar parte de una clase de comportamientos que generalmente lo entrañan³³². Según ello, tratar de advertir un contenido de injusto material en los delitos de peligro abstracto pasa indefectiblemente por abordar algunas de las cuestiones de las que tradicionalmente se ha ocupado la teoría general del injusto penal.

Lo anterior permite enunciar con carácter preliminar el principal inconveniente que suscitan las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto³³³, el cual en la medida de lo posible se tratará de revertir, a saber: si el fin de las prohibiciones penales se residencia en la evitación de menoscabos a bienes jurídicos³³⁴, y en paralelo las conductas de los delitos de peligro abstracto se prohíben sin una relación necesaria o implícita con la posibilidad real de afectar un bien jurídico³³⁵, el círculo de comportamientos prohibidos sería más amplio que el círculo de aquellos que son contrarios al fin de la norma, de modo que alrededor de los actos materialmente contrarios a la norma habría un anillo de actos sólo formalmente contrarios a ella también punibles³³⁶. Según ello, toda aproximación teórica a los delitos de peligro

Explicando la evolución de la teoría de la imputación en la doctrina, así como los principales debates que actualmente se suscitan en el interior de la misma desde postulados funcionalistas, PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 41 y ss.

³³² Como expone RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid / Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 238, ambas teorías tienen en común la no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la conducta, como elementos típicos. Si bien reconocen que la razón de la punición es el peligro de la conducta para bienes jurídicos esenciales, esta consideración es puramente apriorística, en el sentido de que, o bien es la razón del legislador, o una presunción.

³³³ El concepto de “delito formal” procede de la doctrina italiana, si bien se le atribuyen varios significados. En una primera acepción se contraponen a los delitos de resultado, los cuales conformarían los delitos materiales. En otra, que es la que aquí se va a utilizar, se refiere a una configuración de la tipicidad en la que basta con comprobar la coincidencia del hecho con el tenor literal del precepto penal correspondiente. Vid. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 17.

Como he dicho, las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto pueden justificarse desde una perspectiva funcionalista del Derecho Penal articulada alrededor de la teoría sociológica de los sistemas. Vid. JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal...*, pp. 34 y ss.

³³⁴ La afirmación según la cual el Derecho Penal sirve a la protección o aseguramiento de bienes jurídicos no goza de un reconocimiento unánime en la discusión jurídico-penal actual. Se muestra contrario a un concepto material de injusto penal definido como lesión de un bien jurídico, PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret*, nº 2, 2016, pp. 4 y ss.

³³⁵ Sobre las dificultades para determinar la gama de patrones de conducta que el Estado debería tipificar, al depender ésta del sistema de valores de una sociedad dada, AMBOS, “Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional”, en *InDret*, nº 10, 2013, pp. 345 y ss.

³³⁶ Vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pp. 82 y ss.

abstracto gravita – de forma más o menos expresa – sobre si es admisible o no, y en su caso bajo qué condiciones, el castigo de conductas materialmente no peligrosas aunque formalmente coincidentes con el tipo, es decir, de formas de comportamiento no vulneradoras del fin de evitación de lesiones de bienes jurídicos³³⁷. Se trata de conductas que no sólo desde una perspectiva *ex post* no son productoras de un peligro concreto, sino que además en el momento de realizarse ya carecen por completo de aptitud para lesionar el bien jurídico – o dicha aptitud es escasísima, en el sentido de aparecer como socialmente adecuada o insignificante –, lo que permite calificarlas de inofensivas o, en todo caso, como no suficientemente dañinas. A partir de todo esto, la pregunta que se suscita inmediatamente después es hasta qué punto resulta deseable la punición de conductas cuya relevancia ético-social o cultural es escasa.

Por otro lado, lejos de ser valorativamente neutro, el concepto de “delitos de peligro abstracto” implica sin duda una toma de postura acerca de cuál su objeto jurídico y la modalidad de ataque que se dirige contra éste. Acuñarlo supone en efecto entender que algo se coloca en una situación de “abstracto” peligro, en el sentido de que se realiza una conducta *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar algún interés que sólo puede ser individual. Dentro de la estructura del tipo, el ataque contra un interés individual podría ser entonces más o menos aparente, más o menos directo, o más o menos inmediato, pero en todo caso existiría en cuanto tal. Esto significa que sólo la conducta “abstractamente” peligrosa para el interés individual consumaría el tipo. En consecuencia, la actuación debería reputarse penalmente irrelevante en caso de carecer *ex ante* de objetiva idoneidad para lesionar el interés individual correspondiente³³⁸.

La sistemática del CP pone de manifiesto que nuestro legislador ha instrumentalizado preferentemente la técnica de los delitos de peligro abstracto hacia la protección de

³³⁷ A la vista de que la eliminación de todos los riesgos en la sociedad, a parte de ser inimaginable, supondría la renuncia a actividades que se consideran útiles para la interrelación y desarrollo social, el legislador sólo puede procurar mantenerlos dentro de determinados límites, de modo que sean reducidos a la condición de riesgos socialmente tolerados: “de esta manera, todo aquel riesgo que permanece aun con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido”. Vid. REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, p. 92.

³³⁸ En los delitos de peligro abstracto es usual destacar, entre las circunstancias que inciden en la previsibilidad del resultado de lesión del bien jurídico, la incontrolabilidad del curso causal. Ciertamente esta circunstancia puede afectar a la peligrosidad de la conducta, pero respecto de todos los tipos de delito, no sólo de los de peligro abstracto, como expone VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 348 y ss.

bienes jurídicos supraindividuales – como la seguridad vial, la salud pública, el medio ambiente, etc.–. Estos bienes se caracterizan por la circunstancia de no pertenecer a un titular individual y determinado, sino al conjunto de la sociedad. Pero, como decía, estimar que los tipos que protegen estos intereses se estructuran como delitos de peligro abstracto implica entender que los mismos disponen de un referente individual potencialmente lesionado por la conducta. En cambio, de entenderse que el valor supraindividual protegido carece de un referente individual, la consumación se produciría con la lesión del mismo, en cuyo caso no sería necesario que la conducta además fuera capaz de lesionar un interés individual, por lo que en este sentido la estructura del tipo sería de lesión – de un interés supraindividual – y no de peligro abstracto – para un interés individual –.

A pesar de que es habitual recurrir a la técnica del peligro abstracto para la protección de intereses supraindividuales, lo cierto es que la misma también se utiliza para la tutela de bienes individuales³³⁹, como sucede con el delito de injurias del art. 208 CP, en el cual basta con que las afirmaciones sobre hechos sean objetivamente idóneas para desacreditar al ofendido frente a la opinión pública o frente a sí mismo. Es de notar pues que este tipo de delito se consuma con la realización de la conducta desaprobada, sin que sea necesario además lesionar la fama o la propia estimación de la víctima.

De advertirse un referente individual en los bienes jurídico-penales supraindividuales, sería posible equiparar la estructura del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto consumados con la de la tentativa inidónea, toda vez que en ambas modalidades delictivas la imputación objetiva se fundamentaría en la realización de una conducta en el momento de actuar objetivamente capaz de lesionar un bien jurídico-penal individual³⁴⁰. En ambos casos el interés individual sería identificable, aunque no sería necesario que alguno de sus posibles objetos materiales entrara en el radio de eficacia causal de la conducta. Si en los delitos de peligro abstracto el tipo se consuma con la realización de una conducta apta para lesionar un bien jurídico-penal individual, el resultado de peligro que se predica de los delitos de peligro concreto consistiría en que

³³⁹ Vid. JESCHECK, *Tratado...*, p. 284.

³⁴⁰ Vid. JAÉN VALLEJO, *Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 64 y ss.

en ellos la conducta entra físicamente en contacto con alguno de los objetos materiales que operan como soporte empírico del interés individual³⁴¹.

Es de advertir que esta visión dificulta la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto por existir consumación en caso de que la conducta sea *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar el bien jurídico individual. De modo que, en el supuesto de que no lo sea, la actuación debe considerarse atípica al situarse el límite mínimo de la punibilidad en la objetiva peligrosidad *ex ante* del acto para el bien jurídico. Es decir, debería considerarse que la conducta no genera un peligro de lesión del bien jurídico suficientemente intenso o grave como para ser penalmente relevante. Pero esto no prejuzga que bajo esta concepción el perímetro de la tipicidad sea más amplio que en la otra, según la cual los bienes jurídicos supraindividuales carecen de un referente individual.

Distan mucho de ser unánimes o incluso mayoritarias las posturas en las que los bienes jurídicos supraindividuales se supeditan axiológicamente a un interés individual subyacente a ellos³⁴². Ciertamente son múltiples las voces que propugnan que el contenido de los bienes jurídicos supraindividuales es totalmente independiente de cualquier referente individual, y por lo tanto que éstos no son su fuente valorativa primaria o esencial. Bajo esta óptica, como decía, lo más coherente sería entender que los llamados delitos de peligro abstracto son en realidad delitos de lesión de un bien jurídico supraindividual. La independencia del interés supraindividual respecto de cualquier referente individual determinaría la posibilidad de consumación del tipo sin

³⁴¹ En este sentido, la norma encarna determinados valores, aparece como realización de valores. Esto es así porque los valores sólo pueden existir en forma de cualidades, características y modos de ser. No tienen un ser independiente, pero son, en cierta manera, “traídos”, “sostenidos” por los objetos en los cuales se realizan; estos objetos se convierten en su soporte. Se refiere a ello, REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta...”, p. 146.

³⁴² Son innegables las dificultades que en muchas ocasiones existen para demostrar la puesta en peligro de un interés individual en los objetos de protección supraindividuales. Algunos de éstos tienen una naturaleza tan compleja que incluso resulta difícil identificar cuál es el interés colectivo tutelado: “cuanto menos concreta sea la prueba del peligro que se considere necesaria para autorizar la utilización del instrumental penal, tanto mayor será la probabilidad de que se aleguen peligros más o menos generales para justificar de forma aparentemente objetiva y racional una prohibición que no se orienta de modo principal a la protección de bienes jurídicos concretos. Al hacerlo se corre el riesgo de que el Derecho penal sea utilizado de manera espuria como una ética coercitiva [Zwangsethik] creadora de valores en lugar de cómo un instrumento de refuerzo de los valores existentes, o como un acabado sustituto de las disposiciones de Derecho administrativo. Lo mismo puede decirse de los casos en los que la falta de un objeto de protección de carácter personal y concreto, y sobre todo la falta de prueba del peligro al que se ve sometido, se superan mediante la artificiosa creación de bienes jurídicos transpersonales”. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 115.

necesidad de que la conducta fuera *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar ningún valor individual. El tipo objetivo estaría compuesto en consecuencia por la creación o incremento de un riesgo para el interés supraindividual materializado *ex post* en su lesión. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la otra concepción, no sería necesario que un bien jurídico individual entrara objetivamente en la órbita de posible eficacia causal de la conducta.

Es evidente que desde esta perspectiva la estructura del tipo objetivo de ningún delito consumado contra algún bien jurídico supraindividual coincidiría con la de la tentativa inidónea, al exigir ésta algo más: justamente, la objetiva idoneidad *ex ante* de la conducta para lesionar un interés individual. Ahora bien, esta visión facilitaría la apreciación de tentativa, fundamentalmente en supuestos en los que la conducta *ex post* no lesiona el bien jurídico supraindividual, a pesar de ser *ex ante* objetivamente idónea para ello. Pero la posibilidad de tentativa en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no equivale a una restricción de su ámbito de aplicación, al no permitir esta hipótesis incluir entre los presupuestos del tipo la ofensividad de la conducta para algún valor individual³⁴³. Por ello se aprecia una vocación materialmente más restrictiva en la interpretación que, sin admitir formas de imperfecta realización, el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto consumados se asimila al de la tentativa inidónea, al operar en este caso la puesta en relación de la conducta con un objeto jurídico de carácter individual como pauta de valoración de la gravedad del hecho.

Puede afirmarse entonces, resumidamente, que la doctrina discrepa en cuanto al contenido de los bienes jurídicos supraindividuales. Mientras que para algunos sectores éstos se conforman por referencia a uno o varios intereses individuales, para otros son totalmente independientes, al estar dotados de un contenido propio desconectado de valores individuales³⁴⁴. Los efectos de esta discusión se proyectan sobre el sistema de tipificación preferentemente arbitrado para protegerlos: los delitos de peligro abstracto. Sólo puede decirse que la conducta es “abstractamente” peligrosa para el bien jurídico si éste se articula alrededor de algún valor individual. En caso contrario, la conducta

³⁴³ De configurarse formalmente, el fundamento de los delitos de peligro abstracto no residiría en el ataque a un bien jurídico, sino en la simple contravención del imperativo contenido en la norma primaria. Sobre ello, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 19.

³⁴⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Ed. Ubijus, México D.F., 2011, pp. 18 y ss.

lesiona el bien jurídico, lo que debe comprobarse con posterioridad a su realización. Por lo tanto, el disenso existente versa tanto sobre qué es lo atacado en los delitos de peligro abstracto, así como sobre el cómo o de qué manera se produce el ataque, es decir, si se atenta contra el bien jurídico lesionándolo o poniéndolo en una situación de peligro.

Ambas posturas convienen, sin embargo, en que los delitos de peligro abstracto se configuran como delitos de mera actividad desde la perspectiva de la modificación que causan del mundo físico-sensible. No es necesario entonces que produzcan ningún resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En este sentido, si se entiende que son delitos de lesión de un bien jurídico supraindividual, éste sería inmaterial, por lo que no sería necesario que la conducta produjese un resultado en sentido naturalístico. Por el contrario, si se entiende que son delitos de peligro abstracto para un interés individual, bastaría con la objetiva peligrosidad de la conducta para éste en el momento de actuar, en cuyo caso tampoco sería necesario originar un resultado en el mundo empírico distinto del propio comportamiento, es decir, no sería necesaria la lesión del interés individual.

Todo esto puede ejemplificarse en relación con cualquier delito de peligro abstracto. Si partimos del delito contra la seguridad vial del art. 379.2 CP, en la modalidad de conducción con superación de determinadas tasas de impregnación etílica, podría entenderse que el bien jurídico es absolutamente independiente, y por lo tanto que con él se protegen algunas de las condiciones en las que debe desarrollarse la circulación de vehículos a motor y ciclomotores³⁴⁵. Pues bien, en este caso las exigencias del tipo objetivo se satisfarían al margen de que la conducta fuera en el caso concreto *ex ante* objetivamente peligrosa para la vida o la salud de las personas. En cambio, de estimarse que con la protección de la seguridad vial se está tutelando de manera instrumental la vida o la salud de las personas, la conducta debería ser en el momento de actuar objetivamente capaz de lesionar estos intereses. De no serlo, la única opción sería considerarla atípica.

Con todo, una concepción de los bienes jurídicos supraindividuales como intereses totalmente independientes no es incompatible con defender al mismo tiempo que el

³⁴⁵ Bajo esta perspectiva, se protegería la seguridad en sí misma de ese sector de actividad, como señala MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 104 y ss.

motivo político-criminal de su protección es la salvaguarda de intereses individuales. Esta postura permitiría – al igual que aquella en la que el bien jurídico individual despliega también funciones dogmáticas – cuestionar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sin un referente individual claro. Esto permite focalizar un poco más el debate, de modo que una de las cuestiones centrales es si la afectación de los intereses individuales sólo es la *ratio* político-criminal del delito o si además es la *ratio* del tipo. Por lo demás, dado que se parte aquí de una metodología funcionalista en la que el sistema dogmático se orienta axiológicamente a los fines político-criminales propios de nuestro modelo jurídico-constitucional³⁴⁶, lo que en el fondo se tratará de fijar es el concreto peligro específico que tiene por finalidad impedir la norma primaria en los delitos de peligro abstracto.

II. Origen, evolución y críticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto

Me parece poco aventurado afirmar que algunas de las polémicas que en la actualidad atañen a los delitos de peligro – singularmente de peligro abstracto – ya fueron conocidas, aunque bajo otras denominaciones, por la literatura precedente. En concreto a través, en primer lugar, de la discusión acerca de la necesidad de incorporar determinadas infracciones administrativas (“delitos políticos”) contra el orden público, articuladas alrededor de la noción de peligro abstracto, en el Código Penal, como sucedió con el Código del Emperador José de Austria en el S. XVIII³⁴⁷; y, en segundo lugar, a través del debate acerca del fundamento y la legitimidad de la tentativa de delito, relevante en la doctrina alemana sobre todo a partir del S. XIX³⁴⁸. En ambos casos se trataba de dirimir sustancialmente lo mismo, es decir, si la producción de un peligro para el bien jurídico encerraba una carga de lesividad (social o individual) suficiente como para justificar una reacción penal bajo un paradigma ideológico primero iluminista y después liberal³⁴⁹. Con todo, sin duda estos problemas han

³⁴⁶ Sobre la relación con el principio de legalidad (material) de la adecuación de la interpretación de un determinado texto legal a la axiología constitucional o al canon metodológico propio de la ciencia jurídica, a los efectos de salvaguardar la “orientación material de la norma”, SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret*, nº 3, 2015, p. 3.

³⁴⁷ Vid. JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal...*, pp. 34 y ss.

³⁴⁸ Vid. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 91 y ss.

³⁴⁹ En relación con esta materia, a juicio de GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 36, los delitos de peligro abstracto en rigor pertenecen – o deberían pertenecer – al Derecho administrativo sancionador, al ser el Derecho de policía el lugar natural para la protección de la “seguridad”.

adquirido nuevas connotaciones en el marco del Derecho penal moderno, una de cuyas notas esenciales sería que el legislador, para satisfacer la demanda social de seguridad, criminaliza ciertos comportamientos en los nuevos ámbitos de riesgo utilizando como instrumento técnico-jurídico por excelencia la estructura del tipo de peligro abstracto, a la vez que enfoca un nutrido grupo de tipos penales de la Parte Especial a la protección de “nuevos” bienes jurídicos que remiten a sustratos de carácter colectivo³⁵⁰. En la génesis de este enésimo y todavía no del todo culminado proceso de modernización del Derecho Penal, resulta fácilmente perceptible la influencia de los postulados político-criminales invocados de modo programático en 1985 por JAKOBS, los cuales posteriormente han sido desarrollados por él mismo así como por el numeroso grupo de autores que le han seguido³⁵¹. Así pues, como expone CORCOY BIDASOLO, el secular interés de la Ciencia Penal por el concepto penal de peligro se debe a que éste no sólo afecta a los llamados delitos de peligro, sino que es un elemento a considerar también en relación con la imputación objetiva, la tentativa, las causas de justificación, el error, etc. Esto es así, en definitiva, porque el peligro para el bien jurídico-penal comúnmente ha sido – y para muchos debería seguir siendo – el punto de partida de la intervención penal³⁵².

Al hilo de lo anterior, en el actual estadio de desarrollo de la Ciencia del Derecho Penal, tanto la discusión acerca del peligro, en tanto que técnica de tipificación, como la relativa al concepto de bien jurídico, se producen en un nuevo y más amplio marco teórico en cuyo seno se admiten elucubraciones e hipótesis que hasta no hace mucho eran vistas como una suerte de *tabú* científico. Así, dentro de estas novedosas coordinadas discursivas se plantea – casi – sin ambages una degradación funcional del concepto de bien jurídico, de modo que éste sea irrelevante o quede reducido a una

Según expone NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 23, el sistema jurídico-sancionador, como sistema de control social formal de reacción, tiene como características fundamentales: estar dirigido a las conductas desviadas más graves y, por tanto, hacer uso de los mecanismos de reacción más graves. Su fundamento principal se halla en el artículo 25 de la CE, que consagra, en su apartado primero, dos formas diferentes de manifestarse el mencionado sistema: bien pueden calificarse ciertas conductas como infracciones administrativas (Derecho Administrativo sancionador), o bien pueden apreciarse como delitos (Derecho Penal). Pero el propio precepto va más allá, estableciendo una jerarquización entre las reacciones propias de ambas manifestaciones. Así, las reacciones más graves las reserva para el Derecho Penal, toda vez que las sanciones administrativas no pueden llevar aparejadas, en ningún caso, privaciones de libertad, reservadas para las penas y medidas de seguridad.

³⁵⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 17 y ss.

³⁵¹ *Ibidem.* pp. 25 y ss.

³⁵² Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 31 y ss.

cuestión simplemente nominal tanto en la labor dogmática como en la político-criminal³⁵³. Por otro lado, y de modo correlativo, la peligrosidad de la conducta se relaciona con otros objetos de protección distintos del bien jurídico (como la vigencia de la norma) o con una configuración de éste último absolutamente vaga y porosa, la apelación a la cual resulta meramente formal³⁵⁴. En este entorno epistémico los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídico-penales supraindividuales cobran una particularísima importancia, por cuanto se intentan identificar en ellos, como argumento de confirmación de estos modernos enfoques desde la perspectiva del Derecho Positivo, los atributos predicados genéricamente respecto de cualquier hecho delictivo, a saber: la peligrosidad de la conducta como elemento normativo definido de modo centralizado por el legislador (por lo que no precisaría de una comprobación individual en el caso concreto); y la relación de esa peligrosidad, no con un bien jurídico-penal específico, sino con la eficacia de la norma penal infringida (prohibitiva o imperativa), lo que cuanto menos acarrea un alarmante distanciamiento respecto de un concepto material de bien jurídico-penal, cuando no directamente la defenestración de cualquier concepto de bien jurídico-penal³⁵⁵. Seguramente las abundantes críticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales tienen que ver con las reticencias con las que se han visto estas nuevas orientaciones teleológico-funcionalistas, toda vez que se ha querido ver en la proliferación de estas tipologías delictivas uno – por no decir el máximo – de los exponentes de aquéllas. Ello no prejuzga, sin embargo, la cuestión de si el tratamiento de los delitos de peligro abstracto puede ser abordado desde parámetros teleológicos alternativos en los que prime la referencia a un concepto material de bien jurídico-penal.

Para delimitar el perímetro del actual debate doctrinal en torno a los delitos de peligro abstracto, y en consecuencia de las cuestiones que aquí se abordan, resulta necesario

³⁵³ Bajo este prisma se estima que la norma no va destinada a que no vuelva a ser infringida o a que los potenciales delincuentes renuncien a la comisión de delitos, sino que va destinada a todos los ciudadanos para ejercitar la fidelidad al Derecho, la confianza en la norma y la aceptación de sus consecuencias; en definitiva, al reconocimiento de la norma. Expone este planteamiento, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica...”, pp. 121 y ss.

³⁵⁴ Si se acepta la prevención general positiva, articulada alrededor de la idea de vigencia de la norma, como fundamento de la pena, ésta habría de utilizarse aunque no fuera necesaria para la inmediata protección de bienes jurídicos. *Ibidem.* pp. 123 y ss.

³⁵⁵ Esta visión comporta también una redefinición del principio de proporcionalidad, puesto que la exigencia de no sobrepasar la culpabilidad del autor no se referiría a la gravedad del hecho, sino a la calidad y cantidad de pena necesaria para la estabilización de la norma, esto es, para conseguir el aseguramiento cognitivo de esta última. *Ibidem.* pp. 121 y ss.

describir las líneas generales de las principales objeciones que se dirigen contra ellos. Entre ellas destaca aquella según la cual en los delitos de peligro abstracto la conducta puede ser formalmente típica a pesar de no ser materialmente peligrosa, lo que permitiría calificarlos de simples delitos de desobediencia en los que se impondría una pena por la mera realización de la conducta³⁵⁶. El castigo de comportamientos que violan formalmente la ley, pero inofensivos en sí mismos, podría suponer una vulneración del principio de lesividad en función del alcance y contenido que se dé a este último.

Esta crítica parece sin duda razonable si se estima que los delitos de peligro abstracto se fundamentan en la peligrosidad estadística de las conductas en ellos descritas, no en criterios legitimantes de la intervención penal frente a un ciudadano concreto, sin exigir por lo tanto una demostración de la lesividad del hecho en el caso individual. Ciertamente, si el motivo de la punibilidad de los delitos de peligro es el peligro, no resulta lógico sancionar como delitos de peligro conductas no peligrosas. Sin embargo, si se habla de la técnica del peligro abstracto en general, la misma puede configurarse con arreglo a los principios limitadores del Derecho Penal, en particular del principio de lesividad, y en consecuencia ponerse en relación con valores inherentes a la esencia del individuo³⁵⁷. Así las cosas, la crítica aludida, elaborada sobre todo desde sectores pertenecientes a lo que podríamos llamar “idealismo minimalista”³⁵⁸, sólo es válida

³⁵⁶ Refiriéndose a las tendencias político-criminales actuales, afirma BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 42 y 43, que, en un contexto en el que lo importante es la manifestación simbólica con la que el agente relaciona su comportamiento con la norma, “el objeto de protección del Derecho penal debe ser, por lo tanto, la norma misma y la pena, la respuesta a la declaración expresada por la acción, su desautorización y ratificación de la norma vigente”.

Por otra parte, mostrándose a favor de orientar la pena al aseguramiento del respeto a los bienes jurídicos, STRATENWERTH, *Acción y resultado en derecho penal* (trad. Sancinetti / Ziffer), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 31 y ss., afirma que la inclusión de elementos subjetivos en el injusto no legitima el recurso al Derecho Penal como medio de “corrección moral”, pues ello sería incompatible con un reconocimiento general de la persona como sujeto autorresponsable.

³⁵⁷ Según señala REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, p. 93, “como postulado general puede entonces decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija no solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo”.

³⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 52 y 53, contextualiza los diferentes discursos político-criminales ante el fenómeno expansivo del Derecho Penal, al constatar que “la nueva política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al Derecho penal, que ahora la acogen en tanto que reacción contra la criminalidad de los poderosos. Pues bien, en un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los Tribunales que trasciende a través de los *mass media* y, por

frente a determinadas concepciones de los delitos de peligro abstracto, singularmente frente aquellas que los contemplan sólo en su proyección formal. O incluso frente a algunos tipos concretos del Derecho positivo en los que en efecto resulta sumamente difícil advertir un contenido de lesividad material, ya sea porque el bien jurídico supraindividual que protegen se configura en términos excesivamente vagos o inconcretos, o porque es insuficiente la carga de dañosidad que presenta la conducta descrita³⁵⁹. Cabe agregar sin embargo que un Derecho Penal mínimo sería disfuncional en un contexto social postindustrial como el nuestro, pues lo lógico es que en éste la ampliación del secular ámbito de intervención estatal vaya acompañada en el campo penal del reconocimiento de nuevos objetos de protección, así como de la articulación de técnicas de protección anteriores a la efectiva lesión de los intereses amparados³⁶⁰.

Otra de las críticas que se dirige contra los delitos de peligro abstracto versa sobre el rechazo a los bienes jurídicos-penales supraindividuales³⁶¹. En relación con este punto deben avanzarse, aunque sea esquemáticamente, una serie de ideas. Los bienes jurídico-penales pueden ser útiles para proteger condiciones nucleares de la vida del hombre en comunidad. Con ellos se tutelarían determinados entornos de interacción social, por lo que gozarían de autonomía respecto de los intereses individuales. Si carecieran de sustantividad propia, es decir, si se concibieran como una suma de intereses individuales, su titularidad no sería colectiva. La dependencia de estos bienes respecto de intereses individuales no significa que sean jerárquicamente inferiores a éstos, al

tanto, la representación social del delito, es seguramente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial. Ello, de nuevo, redundaría en la conformación de un consenso restrictivo en cuanto al alcance de los riesgos permitidos. Pues el sujeto que ante todo se contempla como víctima potencial no halla contrapartida aceptable en la calificación de ciertos riesgos como 'riesgos permitidos'. Y ello se manifiesta de modo claro en una definición social-discursiva tendencialmente expansiva del ámbito de las conductas criminales''.

³⁵⁹ Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 76 y ss.

³⁶⁰ Como señala SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p. 52, "la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una *contradictio in terminis*. (...) Por ello, en realidad, parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo pueda generarse en el marco de un Estado mínimo''.

³⁶¹ Algunas interpretaciones de los delitos de peligro abstracto ponen de manifiesto, no sólo una erosión o distorsión del concepto de bien jurídico-penal, sino incluso una concepción del principio de lesividad en el que el criterio de racionalidad es la razón comunicativa de la pena construida al margen de la propia noción de bien jurídico-penal, como observa BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal...*, pp. 42 y ss.

Por lo demás, a juicio de MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 84 y ss., en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho existen muestras de un "Derecho Penal del Enemigo", lo que según él obliga, no sólo a constatar su presencia, sino también a analizar su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho, así como con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en las declaraciones internacionales de derechos humanos.

servir también los valores sociales a la autorrealización personal del individuo. Podría afirmarse incluso que entre ambas clases de intereses se da una relación axiológica recíproca, en la medida que los valores individuales sólo adquieren sentido en un contexto de interacción social, de la misma manera que los valores sociales únicamente son acreedores de tutela penal si se orientan hacia las condiciones indispensables de la participación del individuo en el colectivo.

Más adelante se expondrán las distintas teorías sobre el fundamento de los delitos de peligro abstracto que confluyen en el seno de la doctrina. A través de su comparación podrá observarse fácilmente como toda interpretación – explícita o implícitamente – formal de los mismos conduce a afirmar que el peligro no conforma un elemento del tipo, y que por lo tanto no resta sometido a verificación judicial caso por caso. En este supuesto sería suficiente con la comprobación de que la conducta coincide con el supuesto fáctico descrito por la norma. Así las cosas, tanto el formalismo basado en la desobediencia a la norma como el basado en la presunción de peligro como motivo de la incriminación, concluyen que en los delitos de peligro abstracto el castigo se fundamenta en una contemplación general y no particular del hecho³⁶². Ciertamente, la peligrosidad general de la conducta es la *ratio legis* que impulsa el legislador a tipificarla como delito de peligro abstracto, al mostrar la experiencia que pertenece a una clase de comportamientos productores con una frecuencia significativa de efectos no deseados. Pero ello no implica que dicha peligrosidad general sea la *ratio* del tipo, de modo que, a parte de constatar una relación estadística entre la categoría de conductas a la que pertenece el acto y el correspondiente resultado lesivo, debe efectuarse un juicio probabilístico por medio del que se pronostique un daño concreto. Que el tenor literal de los delitos de peligro abstracto no contenga una referencia expresa a la peligrosidad de la conducta no dispensa al juez de contrastar la presencia de esta circunstancia del hecho, a través de una aplicación en el caso individual de la experiencia sobre la regularidad con la que determinadas conductas generan un riesgo³⁶³. Ahora bien, esto no tiene nada que ver con una confirmación de esa experiencia a través de la lesión.

³⁶² El hecho no se relaciona con la lesión de un bien jurídico, sino con su relevancia comunicativa para la vigencia del Derecho en la sociedad, en una visión formal del delito basada en el ejercicio del reconocimiento de la norma, como explica DEMETRIO CRESPO, “Crítica al funcionalismo normativista...”, pp. 14 y ss.

³⁶³ Como señala PUPPE, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica...”, p. 4, desde hace tiempo la dogmática ha abandonado el ideal montesquieuano del juez como “la boca que pronuncia las palabras de la Ley”. El

En realidad, toda la problemática apuntada se reduce a la cuestión de si para criminalizar una conducta es suficiente con su mera contradicción con el Derecho (antijuridicidad formal), o si además es necesario que sea efectiva o potencialmente lesiva para el bien jurídico protegido (antijuridicidad material)³⁶⁴. Los delitos de peligro abstracto no pueden sustraerse del concepto material de injusto establecido en general para todo ilícito penal, por lo que no pueden fundamentarse en la simple coincidencia formal de la conducta con la descripción típica. La premisa en relación con esta materia, y sobre la que se elabora el discurso que sigue, es que todo delito debe satisfacer los presupuestos de la antijuridicidad en sus dos dimensiones, tanto en la formal como en la material. No basta entonces con la contradicción del hecho con el Derecho Penal, al ser también necesaria la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal³⁶⁵. Esta es la vía más sensata para superar las críticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto que se centran en su falta de lesividad, toda vez que conformarse con la contradicción formal del hecho con el Derecho Penal implica admitir la punición de conductas, en el caso específico, no peligrosas para el interés tutelado.

legislador, aunque quisiera, no podría regular todo de tal modo que al juez no le quede nada más que sacar de la Ley la consecuencia lógica de la comprobación de un caso concreto, y generalmente el legislador tampoco lo pretende. Justamente en un Estado de Derecho se le concede mucho poder al juez. Lo que distingue una sentencia judicial de un ejercicio de poder es el deber del juez de fundamentar el fallo, y la circunstancia de que éste sea impugnabile: “un tirano no hace esto, un general normalmente tampoco. Pero, el juez debe justificar su decisión ante el pueblo, en cuyo nombre le corresponde decir el Derecho. Por cierto, los científicos del Derecho también forman parte del pueblo, cosa que los jueces prefieren olvidar. Quien sin embargo fundamenta su opinión se somete a la crítica, tanto más cuanto más profunda y abierta es su fundamentación, pues con ella debe revelar también sus debilidades y obscuridades”.

³⁶⁴ En sentido formal, la antijuridicidad remite a la relación entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico positivo, es decir, a la relación de contrariedad u oposición entre la conducta y la norma. Desde esta perspectiva, una conducta es formalmente antijurídica cuando vulnera una norma de conducta, en tanto que realiza lo descrito por la ley y cumple por tanto con los presupuestos establecidos por ella. Pero esto no indica qué tienen estos hechos para merecer y necesitar una pena, en definitiva para que el Derecho Penal haya decidido desvalorarlos. Es pues a través de la búsqueda de un contenido material en la antijuridicidad que se intenta hallar el fundamento por el que la conducta es declarada contraria a las normas jurídico-penales. En este sentido, el núcleo material de injusto común a todo comportamiento antijurídico viene dado por la noción de lesividad de la conducta, en concreto por su potencialidad para causar el resultado que se quiere evitar. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 11 y ss.

³⁶⁵ En palabras de ALCÁCER GUIRAO, “si asumimos que el derecho penal aspira a un fin de *protección* de determinados intereses considerados valorados por la sociedad y, por ello, considerados merecedores y necesitados de tal protección, las conductas relevantes para él (aquéllas que considerará antijurídicas) serán las que se muestren lesivas para esos intereses y, por ello, merecedoras y necesitadas de sanción penal, siendo esta sanción penal el medio con el que el derecho penal opera en aras a la satisfacción de dicho cometido de protección”. *Ibidem*. p. 13.

Hasta donde alcanzo, uno de los efectos positivos de la intensificación del intervencionismo penal es la inclusión en él de las actividades de sectores sociales no identificados con la marginación o la pobreza. Un ejemplo emblemático de ello serían los delitos fiscales previstos en los arts. 305 y ss. CP, en los cuales la defraudación tributaria – activa u omisiva – sólo es penalmente típica cuando la cuantía del perjuicio irrogado a la Hacienda Pública sea superior a 120.000 euros (si bien los delitos fiscales no constituyen una novedad en nuestra legislación penal, lo cierto es que paulatinamente se ha ido perfeccionando su configuración, lo que ha redundado en un aumento de la persecución de las conductas en ellos previstas). Ahora bien, para que la anterior aseveración sea válida, esto es, para que la actividad específica de los sectores sociales más privilegiados también quede efectiva o materialmente sujeta a escrutinio penal, es importante que la incriminación de las conductas socialmente dañosas propias de estos grupos no quede enteramente compensada o neutralizada a través de mecanismos de transferencia de responsabilidad penal, ni de elusión de la ejecución de las penas, ya que en caso contrario se estaría instaurando un subsistema penal meramente formal o simbólico³⁶⁶. Es decir, se impone la necesidad de aplicar frente a estas conductas los mismos parámetros de lesividad, proporcionalidad y prevención usualmente utilizados para el resto de comportamientos. Entre otros extremos relevantes en esta materia, lo anterior obligará a estar atentos al tratamiento jurisprudencial del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en 2010, así como al grado de cumplimiento efectivo de las penas de prisión derivadas de la realización de ilícitos vinculados a la llamada “delincuencia de cuello blanco”³⁶⁷.

Al hilo de lo anterior, difícilmente puede negarse que las sociedades capitalistas son materialmente desiguales, al tener las clases dominantes – es decir, los sujetos que viven en sus áreas más confortables – una relación privilegiada con la estructura de

³⁶⁶ En línea con las tesis al respecto de GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 39, considero que los efectos simbólicos son consubstanciales al Derecho Penal, y en principio son legítimos, pero adquieren una valoración negativa cuando su producción es la única finalidad de la Ley penal, o bien cuando predominan de modo relevante sobre los instrumentales.

³⁶⁷ Los ilícitos de los estratos sociales privilegiados – es decir, de sujetos no pertenecientes a clases subalternas ni por lo tanto predestinadas al sistema penal – pueden ser gravemente perturbadores para la comunidad, por lo que en principio no tienen por qué ser socialmente neutros ni carecer de categorías de valor. Como expone SGUBBI, *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (trad. Virgolini), Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 51, “la reciente evolución legislativa ha extendido, generalizado y transformado el fenómeno en cuestión, que involucra ahora a todas las clases sociales; y hasta aquellos sujetos que antes eran los beneficiarios de la actuación socialmente desigual del derecho penal, hoy la sufren y son sus víctimas”.

oportunidades, lo que comporta que éstas *de facto* puedan ejercitar la libertad con mayor amplitud, puesto que tradicionalmente sus actividades específicas han estado poco abarcadas por el Derecho Penal. Esto explica que a estos grupos y a estos sujetos el sistema penal les interese, principalmente, como instrumento de defensa de sus intereses específicos. Frente a tal situación, procede enfatizar la lesividad para terceros de algunas de las conductas propias de estas elites, y por tanto la inoportunidad de sustraerlas a la intervención penal. La circunstancia de que estas actividades sean técnicamente más refinadas, y por ende menos “visibles”, no debe ser un obstáculo para percibir su carga de lesividad social. En efecto, una actividad de naturaleza eminentemente simbólica, intelectual o documental puede ser a priori socialmente más comprometedora que otra menos sofisticada de carácter manual o factual³⁶⁸.

El impacto del Estado social sobre el Ordenamiento penal es una de las causas de la hipertrofia de éste. Es un dato contrastado que la suma del intervencionismo y el dirigismo del Estado social-asistencial comporta un alud de leyes penales, como consecuencia de las propias pretensiones disciplinarias y reguladoras de éste. A juicio de algunos autores, el aprovechamiento ilimitado de la carga simbólica del Derecho Penal ha llevado a que éste pierda su carácter fragmentario, al volverse omnicomprensivo, totalizador³⁶⁹. Uno de los efectos de esta mutación sería el desplazamiento del núcleo del delito, del binomio hecho-autor, a la transgresión de la norma de gobierno público del bien. Creo sin embargo que el nacimiento de bienes jurídico-penales de titularidad colectiva no tiene por qué acarrear una difuminación del objeto de protección, al poder éstos responder a necesidades esenciales del hombre, lo que permite precisar las conductas agresivas para ellos, y consecuentemente proceder a un acotamiento valorativo de las necesidades de control, prevención y represión penal. Así, por ejemplo, para la defensa del individuo y de la colectividad es necesaria la protección penal frente a conductas que comprometen gravemente los recursos naturales, la salubridad y la higiene de la biosfera, esto es, la llamada calidad de vida. Por lo tanto, el medio ambiente, como interés institucionalizado por el Derecho Penal, puede ser la expresión jurídica de una utilidad pública – verdadera, no simplemente supuesta o idealizada – que se ha considerado necesario garantizar. Pero para que ello sea así no basta con que estos bienes jurídico-penales de nuevo cuño coincidan con los

³⁶⁸ *Ibidem.* p. 117.

³⁶⁹ *Ibidem.* pp. 55 y ss.

finés del Estado, sino que además deben disponer de un sustento social y cultural, de modo que su protección no puede destinarse a la simple tutela de la reglamentación de un determinado sector de actividad socialmente relevante, de la organización de una rama de la actuación social. En este contexto, la Constitución brinda una valiosa pauta a partir de la que organizar a nivel penal los medios para alcanzar los fines estatales de carácter sustantivo.

Así pues, la dirección jurídico-penal de sectores particulares de actividad puede orientarse a procurar finalidades colectivas si éstas no son creadas artificialmente por el Estado. En esta línea, el Estado asistencial puede crear legítimamente un contexto penal de “programación” de conductas si con ello pretende salvaguardar los derechos o la libertad de los ciudadanos, en cuyo caso el contenido de las normas creadas al efecto, en particular del objeto de tutela, difícilmente puede calificarse de relativo o axiológicamente precario. Se desprende de ello que la normativización en sentido teleológico de los bienes jurídico-penales no puede acarrear un abandono de los materiales sustantivos que los sustentan, ni por lo tanto una confusión entre el objeto de protección y su fin. En relación con este particular, la dirección de comportamientos hacia fines preestablecidos desde una perspectiva funcionalista dominada por la idea de comunidad no puede llevar a ignorar el individuo. En caso contrario, el delito no se construiría sobre el hecho, el reo y la víctima (real o potencial), sino sobre la violación de reglas técnicas y burocráticas de administración del bien jurídico, con la consiguiente conformación de ilícitos de mera transgresión caracterizados por la punición de la simple inobservancia de la norma, al margen de sus efectos sobre el valor atacado³⁷⁰. Cabe concluir entonces que la tutela jurídico-penal de funciones debe remitir siempre a referentes materiales o sociales a partir de los que especificar el imperativo de conducta. Sólo a través de estas premisas la imposición o prohibición jurídico-penal de conductas puede articularse en función del bien común.

En las sociedades posmodernas parece imponerse una revisión del contrato social – esto es, un contexto neocontractualista – a través de la que renegociar los estándares del bien y del mal, de lo bueno y lo malo, de lo legítimo e ilegítimo, con la consiguiente redistribución de los ilícitos y las responsabilidades penales. En este entorno cada grupo

³⁷⁰ *Ibidem.* pp. 70 y ss.

intenta reclamar para sí mismo la mayor cuota de recursos públicos en perjuicio de los otros, y en consecuencia la mayor cuota de inmunidad penal para sus actividades específicas, con el correlativo incremento de la responsabilidad penal de las actuaciones propias de los otros grupos. El desvanecimiento de un consenso social-valorativo trae consigo, en efecto, una realidad neocorporativa en la que cada grupo persigue el conflicto con el Estado y con los otros grupos a fin de trasladar a estos últimos la mayor cuota posible de deberes y responsabilidades penales³⁷¹. De ahí la importancia de la Constitución como guía para la ponderación de los conflictos e intereses contrapuestos entre sectores sociales, en suma como parámetro de identificación del interés general, de modo que el imperativo de conducta dirigido al individuo interese a toda la colectividad al expresar un fin preestablecido por ésta. Por lo tanto, desde una óptica constitucional la garantía penal de un ámbito de organización tiene que desplegar funciones de tutela efectiva de bienes relevantes para la comunidad, así como para los individuos que la componen, aunque la ofensa al bien jurídico no implique la existencia de una víctima concreta³⁷².

En este orden de ideas, estimo de capital importancia que tanto la razón de la existencia como las fuentes de legitimación de las normas penales no residan en el Ordenamiento que las crea, de manera que éstas no sean autoreferenciales, sino que dispongan de referentes materiales o de valor a través de los que integrarse sistemáticamente. Esto obliga a denunciar por ilegítima cualquier norma jurídico-penal que se dirija a la tutela de bienes jurídico-penales contruidos artificialmente, esto es, a la disciplina burocrática de la actividad de que se trate considerada en sí misma, con independencia de los daños sociales que ésta puede comportar. Por consiguiente, desde una perspectiva funcionalista como la descrita, sólo pueden calificarse de socialmente disfuncionales aquellos comportamientos que tengan un significado de efectiva ofensividad social, y en consecuencia el fin de las normas penales no puede ser “organizar” sino “proteger”³⁷³. Así las cosas, de fundamentarse el injusto penal en la

³⁷¹ *Ibidem*. pp. 79 y ss.

³⁷² *Ibidem*. pp. 93 y ss.

³⁷³ Como se verá más adelante, son dos los elementos que conforman el principio de ofensividad, por un lado, el bien jurídico, por otro, su lesión o puesta en peligro. Como subraya ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 176, “lo que ocurre es que resulta infructuoso el esfuerzo si se investigan por separado los conceptos de bien jurídico y de lesión o de peligro: hablar de lesión o de peligro es hacerlo sobre algo, esto es, sobre el bien jurídico. Como se ha visto, es lugar común con relación al sector doctrinal que critica la tipificación del peligro en su forma de peligro abstracto el realizar su análisis con independencia del bien jurídico”.

mera inobservancia formal del precepto, se configurarían ilícitos de mera transgresión en los que el bien se identificaría con la finalidad de la norma, de modo que la ofensa se confundiría con la propia transgresión. En consecuencia, de la lógica intervencionista del Estado social no pueden surgir en el ámbito penal simples obligaciones burocrático-administrativas carentes de referentes materiales o no expresivas de valores social e individualmente esenciales. En las normas penales debe manifestarse algo más que un simple dirigismo estatal destinado a la disciplina, reglamentación, organización y programación de la actividad humana a fin de obtener los fines del Estado en sí mismo considerado, es decir, al margen de su proyección social. Por ello resulta necesario que el Derecho Penal contemple el individuo en cuanto tal, no simplemente como ser dotado de roles o funciones bajo baremos de eficiencia e ineficiencia social³⁷⁴. Consecuentemente, los parámetros de eficiencia social deben conjugarse con otros principios, como el de justicia material, el cual permite discernir entre los que se considera bueno y malo. De esto se infiere que las normas penales no pueden limitarse a tutelar la observancia de las condiciones en las que pueden ejercerse lícitamente determinadas actividades ordenadas y disciplinadas por el Estado.

Otra de las críticas que se dirige contra los delitos de peligro abstracto es que con ellos se vulnera el principio de culpabilidad en sentido amplio, en contraposición al principio de inocencia. Bajo esta perspectiva se conculcarían diversos principios del *ius puniendi* vinculados a la exigencia, como presupuesto de la pena, de la posibilidad de culpar a alguien del hecho. Por ejemplo, en los delitos por acumulación se infringiría el principio de personalidad de las penas, en la medida que el sujeto sería responsable de daños ajenos, es decir, del que resultaría de la repetición de la misma conducta³⁷⁵. Además, si la peligrosidad del comportamiento no forma parte del tipo, en los delitos de peligro abstracto la misma no debe ser abarcada por el dolo del autor, de modo que en un plano

³⁷⁴ Dentro del paradigma de la sociedad del riesgo, ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1 y ss., destaca la capacidad de los delitos imprudentes para coadyuvar en la tarea de asegurar que la participación de los individuos en la vida social se desenvuelva bajo ciertos deberes o reglas, con el fin de evitar la lesión o el peligro para los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, a través del deber de diligencia o de atención o, más usualmente, de cuidado.

³⁷⁵ Sostiene esta tesis GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 37: “así, respecto de objetos macroscópicos y gigantescos como el patrimonio de la Hacienda Pública o el ambiente, los posibles efectos para ellos de una conducta individual de defraudación de una cuota tributaria o de un vertido con grados de concentración de metales pesados superiores a los permitidos, respectivamente, son hasta tal punto insignificantes que su comprensión como lesión o peligro concreto de aquéllos sustratos sólo podría sustentarse en una ficción”.

subjetivo éste puede responder por conductas inocuas para el bien jurídico aunque se tenga conciencia del carácter inofensivo del comportamiento³⁷⁶. Estas objeciones son sin duda atinadas si en los delitos de peligro abstracto se castiga la mera infracción formal de la regla, en tanto que con ello se abre la puerta a la sanción de supuestos en los que se prescinde de toda referencia a la peligrosidad del hecho concreto para el bien jurídico protegido. Pero esta falta de lesividad puede corregirse mediante la atribución de un contenido material a estos tipos, en cuyo caso es posible afirmar la atipicidad penal de los hechos concretamente no peligrosos caracterizados por la ausencia de un contenido material de antijuridicidad penal, pese a caber en el tenor literal del tipo correspondiente.

En el tratamiento doctrinal de los problemas que presentan los delitos de peligro abstracto es usual mezclar cuestiones estrictamente dogmáticas con otras vinculadas a la legitimidad de esta técnica de tipificación. Sin embargo, esto no plantea mayores inconvenientes si se entiende, como aquí se hace, que los problemas de estructura dogmática están estrechamente relacionados con la colisión con principios básicos de la fundamentación del castigo penal que se produce bajo determinados modelos de interpretación de estos tipos.

Se ha sugerido que una de las tesis centrales que se va a defender es que el núcleo mínimo de lo que se puede punir en un Estado social y democrático de Derecho viene conformado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta concretamente realizada para el bien jurídico. Esto lleva a abogar en cierta medida por un modelo de solución global válida para todos los delitos de peligro abstracto frente a posturas que podrían calificarse de diferenciadoras, esto es, frente a aquellas que distinguen varias tipologías dentro de esta categoría delictiva en función de su contenido de injusto. Por lo menos, de no ser posible una construcción absolutamente uniforme para toda la categoría, ésta debería articularse alrededor de una serie de pilares básicos. En este sentido, la aptitud de la conducta para afectar al bien jurídico es un elemento consustancial a todos los delitos de peligro abstracto, de modo que en aquellos tipos en los que sea imposible dar un adecuado cumplimiento a este requisito – incluso por vía de interpretación teleológica – no quedará otro remedio que denunciar su ilegitimidad, ya sea por la

³⁷⁶ En palabras de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 245, en las teorías que prescinden de toda referencia al peligro en el caso concreto, las exigencias en el plano subjetivo tampoco lo abarcan.

defectuosa identificación del ámbito de ordenación o de la clase de actividad regulada en cada caso. Si el Derecho Penal expresa en sentido objetivo la medida de la compatibilidad de la actuación de un sujeto con la libertad externa de los demás, o las condiciones de la coexistencia de una pluralidad de personas, la fijación de los presupuestos bajo los cuales es posible la libre actuación de los seres racionales en coexistencia no puede llevar a ampliar el castigo a conductas cuyo peligro no es suficientemente relevante, puesto que en caso contrario se atentaría de modo injustificado contra la libertad de los ciudadanos³⁷⁷.

No puede admitirse entonces que en los delitos de peligro abstracto pueden incluirse prohibiciones tanto de conductas peligrosas como inofensivas. Tampoco es posible revestir estas últimas de peligro por la vía de la ficción, imponiéndoles la misma pena que a las primeras, pues ello supondría un grave menoscabo del principio de proporcionalidad³⁷⁸. Si bien ambas clases de comportamientos tienen en común la desobediencia formal al imperativo de conducta, corresponde a los jueces seleccionar entre ellas aquellas que individualmente consideradas dispongan de la carga de lesividad necesaria para que sea procedente la imposición de una pena. Entre las infracciones de policía de mera desobediencia, deben distinguir los jueces, como un grupo independiente, aquellas que además dispongan de un contenido material consistente en la lesión o puesta en peligro del interés protegido. De esta manera la punición de conductas no puede basarse en la pura infracción formal de la norma, ni por lo tanto en la mera contrariedad entre el hecho y la regla de comportamiento. Ello obliga a concebir los delitos de peligro abstracto como tipos que prohíben conductas

³⁷⁷ Esta concepción del Derecho Penal pueda calificarse de liberal en la medida que una de sus prioridades axiológicas es garantizar la libertad de la persona, de modo que la reducción de ésta por parte del Estado quede limitada al mínimo imprescindible, es decir, a lo necesario para proteger las esferas de libertad de terceras personas. En este sentido, la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales es compatible con este modelo liberal de orientarse finalísticamente a la maximización de las cuotas de libertad individual o, en otros términos, de las posibilidades de participación social individual. Se refiere a esta concepción, ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, p. 77.

³⁷⁸ Sobre cómo en ocasiones la gravedad de la pena no se corresponde con la importancia del bien jurídico protegido desde una óptica constitucional, SÁNCHEZ LÁZARO, “Recensión a Norbert Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Beck, 2012, 143 págs...”, pp. 9 y ss.

En relación con la función del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional, expone LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 43 y ss., que dicho principio se emplea para controlar toda actividad de los poderes públicos que incida de algún modo en los derechos fundamentales. En esta línea, un amplio sector de la doctrina lo concibe como un “límite de límites”, por cuanto serviría para designar el conjunto de requisitos formales y materiales que debe satisfacer una intervención legislativa en los derechos fundamentales para ser constitucionalmente admisible. Tal sistema de límites no se construiría en abstracto, sino por referencia a un concreto Ordenamiento constitucional.

individualmente consideradas, las cuales son aptas para producir una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado, al margen de que además pertenezcan a una categoría de comportamientos reputados generalmente peligrosos. Sólo cabe hablar así de prohibiciones jurídico-penales legítimas en delitos de peligro cuando éste no sea sólo el motivo de la norma, sino también una circunstancia de la conducta típica. Como se ha dicho, la potencialidad crítica de la postura esbozada pasa por proponer la derogación de las presunciones de peligro eventualmente contenidas en algunos delitos de peligro abstracto por ser frontalmente opuestas a algunos de los principios nucleares de la intervención jurídico-penal.

En relación con lo anterior, ante la necesidad de identificar en los delitos de peligro abstracto un auténtico bien jurídico así como conductas potencialmente lesivas del mismo, pueden darse por lo menos dos situaciones sensiblemente distintas entre sí. Una primera, en la que la conducta prevista en el tipo no sea en general idónea para afectar al bien jurídico, ni siquiera a través de una interpretación teleológica de la misma. En este supuesto sólo cabría denunciar la contrariedad del precepto y la norma afectados con los principios y límites del sistema, singularmente con los principios de lesividad e intervención mínima, al ser elementos axiológicamente incongruentes con el conjunto de axiomas que lo componen. En una segunda opción, puede ocurrir que la conducta sólo sea inidónea en el caso particular, en cuyo caso habría que recurrir al principio de insignificancia para excluir el castigo del comportamiento en cuestión, sin impugnar la validez general del precepto, esto es, del objeto protegido y de las formas de ataque típicamente previstas³⁷⁹.

III. Legitimidad de los delitos de peligro abstracto

Todo análisis en torno al supuesto proceso inflacionario en el que el Derecho Penal se encontraría actualmente inmerso debe ser debidamente contextualizado desde una perspectiva histórica más amplia. Es un dato irrefutable que el llamado Derecho Penal clásico giraba en torno a los delitos de lesión contra bienes jurídicos individuales. Pero también lo es que este Derecho Penal decimonónico y liberal conoció formas de ataque a bienes jurídicos distintas a las de su lesión, al contemplar también desde antiguo los

³⁷⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 176 y ss.

tipos intentados y los tipos de peligro concreto, así como infracciones contra intereses colectivos como los delitos contra la Administración Pública y de Justicia, contra el orden público o de falsedades. Siendo esto así, tal vez dos de los fenómenos más novedosos del Derecho Penal contemporáneo serían la creciente expansión de los delitos de peligro abstracto y el progresivo reconocimiento de bienes jurídicos supraindividuales. Si se entiende que estos últimos disponen de un referente individual, el resultado sería un doble adelantamiento de las barreras de protección penal: por un lado, el precedente de la anticipación de los bienes jurídicos individuales a través de los bienes jurídicos supraindividuales; por otro, el que derivaría de la anticipación de la lesión a través de la puesta en peligro. A juicio de algunos autores, estas características marcarían el tránsito hacia un Derecho Penal vertebrado alrededor de delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales³⁸⁰.

Mi tesis central al respecto es que la sustantivación de los delitos de peligro abstracto puede abordarse con arreglo a pautas constitucionales, y por ende con el instrumental que proporciona la caracterización del delito en un Estado Social y democrático de Derecho, en cuyo caso tales ilícitos aparecerían investidos del mismo nivel de legitimidad político-criminal que el resto de tipos penales³⁸¹. La tarea a realizar consiste entonces en racionalizar los delitos de peligro abstracto conforme a los parámetros de la Teoría del Delito inherentes a nuestro texto constitucional, y en denunciar los casos en los que no puedan ser interpretados conforme a este último como consecuencia de la indeterminación tanto de su objeto jurídico como de su modalidad de ataque. La ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto no podría predicarse por lo tanto de forma general o indiscriminada, sino que sólo podría afirmarse respecto de aquellos que no cumplan con los estándares de lesividad y proporcionalidad mínimos que impone una Teoría del Delito de raigambre netamente constitucional³⁸². Gravita este discurso

³⁸⁰ En defensa de la eficacia de los delitos contra de bienes jurídicos supra-individuales, se alega que las personas se comportan como egoístas racionales ante los intereses que no son de titularidad individual, es decir, dirigen su comportamiento en función de su propio provecho, sin preocuparse por si su actuación, sumada a la de todos los demás, puede suponer la destrucción del interés tutelado. Desde esta perspectiva, la pena tendría asignada una función preventivo-general. Enuncia con detalle los autores que siguen este planteamiento, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 142 y ss.

³⁸¹ Sobre como los límites del injusto penal deben elaborarse en base a los criterios político-criminales proporcionados por las decisiones valorativas del legislador, ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Muñoz Conde), 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 112 y ss.

³⁸² En relación con lo que considera un déficit de legitimación de la jurisprudencia, SÁNCHEZ LÁZARO, “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *InDret*, nº 3, 2013, p. 5, se muestra preocupado por la ausencia de una reconducción teórico-normativa de los principios y reglas

sobre la convicción de que las innegables necesidades preventivas que emanan de la actual sociedad postindustrial convierten en necesaria una actualización del Derecho Penal clásico³⁸³.

Se desprende de todo ello que las conductas previstas en los delitos de peligro abstracto, al poder disponer del contenido de lesividad mínimo para que el hecho merezca ser penado, están a priori en condiciones de cumplir con los parámetros de legitimidad propios del Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, la conducta puede aparecer en el momento de actuar como objetivamente apta para producir el resultado de lesión del bien jurídico que se quiere evitar. Si la evitación de conductas que superen este nivel de peligrosidad es el objetivo que justifica la intervención penal, la conclusión sólo puede ser que los delitos de peligro abstracto resultan político-criminalmente admisibles³⁸⁴. Por otro lado, el reconocimiento de bienes jurídico-penales supraindividuales es una respuesta válida a las necesidades de protección penal que surgen como consecuencia de la evolución del sistema social³⁸⁵.

vigentes en el Derecho positivo, particularmente en el marco valorativo de una Constitución que “pretende, mediante la anteposición de los derechos fundamentales, acentuar la preeminencia de la persona y su dignidad frente al poder del Estado”. Considera que sin tal reconducción el ejercicio de poder que supone la función jurisprudencial deviene arbitrario, lo que le lleva a postular la necesidad de abundar en una teoría de la argumentación en el marco de la Ciencia del Derecho Penal. En concreto destaca que, para resolver las colisiones entre principios (p.ej. entre el principio de libertad individual y el de seguridad o protección de la sociedad), es usual recurrir a una ponderación de los mismos en el caso concreto. Dentro de la explicitación del significado normativo de los principios en conflicto, destaca que el de proporcionalidad suele ser uno de los criterios de ponderación. Por lo tanto, en su opinión lo decisivo es si los costes *iusfundamentales* de una prohibición penal y de la posterior imposición de una pena resultan proporcionales desde la perspectiva de los efectivos márgenes normativos en los que estas instituciones se inscriben. Lo anterior le lleva a concluir que la aplicación del principio de proporcionalidad a la intervención penal requiere, por un lado, la determinación de los costes que se generan en los derechos fundamentales del ciudadano afectado y, por otro, la determinación del rendimiento de tal intervención para terceros y la sociedad en su conjunto.

Con todo, no cabe duda de que la ponderación como forma de aplicación del Derecho, singularmente a través del principio de proporcionalidad, conlleva la sujeción de los principios en conflicto a las circunstancias del caso concreto, lo cual a su vez comporta innegables costes para la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Esto pone de manifiesto, en última instancia, la imposibilidad de generalizar determinados casos al objeto de extraer reglas de resolución de las colisiones de intereses que se suscitan en su seno.

³⁸³ Como afirma SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p. 166, “debe admitirse que proponer la ‘devolución’ al Derecho administrativo de todo el ‘nuevo’ Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas” pero a la vez muy poco realista.

³⁸⁴ Sobre como las finalidades político-criminales se transforman en “módulos de vigencia jurídica”, ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal...*, pp. 101 y ss.

³⁸⁵ Una de las consecuencias de la creciente interdependencia de los individuos en la vida social es que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos titularidad de cada sujeto depende de la realización de conductas positivas – de control de riesgos – por parte de terceros, incluido el Estado. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 17 y 18, “las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos– de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”.

Ahora bien, esta ampliación del catálogo de bienes jurídico-penales no debe acarrear necesariamente la disolución o formalización de su concepto.

Como decía, la distancia de los delitos de peligro abstracto respecto de la lesión de un interés individual ha llevado a algunas voces a cuestionar su legitimidad político-criminal. Y asimismo ha alentado una cierta propensión de los operadores jurídicos a incurrir en una interpretación formal de los mismos. En este orden de cosas, los dilemas que se plantean versan sobre si todos o algunos de los estigmas que acompañan la actual evolución del Derecho Penal son ciertos y, en su caso, si el arsenal tradicional de la dogmática jurídico-penal es adecuado para abordar satisfactoriamente los problemas de legitimidad que éstos suscitan. Para resolver estas cuestiones resulta obligado revisar algunas de las aceradas críticas que se dirigen contra el llamado Derecho Penal del riesgo, a los efectos de determinar si las notas que se predicán de él son o no intrínsecas al mismo. Este replanteamiento de algunos de los convencionalismos imperantes en la materia debe hacerse, según entiendo, desde el convencimiento de que algunas de las restricciones constitucionales a la intervención penal son indisponibles para el legislador³⁸⁶. Esto permite denunciar prácticas tan censurables como la defectuosa o nula identificación del interés protegido en algunos tipos de delito o la ausencia de concreción de la conducta típica, con la consiguiente vulneración del principio de lesividad³⁸⁷. Sin embargo, estos déficits de legitimidad no tienen por qué ser factores endógenos o intrínsecos a la previsión de delitos de peligro abstracto, ni a la positivización de bienes jurídicos supraindividuales.

Entiendo preferible la denominación de bienes jurídico-penales supraindividuales a la de bienes jurídico-penales colectivos, toda vez que con esta última se concita el riesgo de designar sólo los intereses de determinados grupos, entidades o corporaciones que,

³⁸⁶ Se sigue en este planteamiento a ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, pp. 4 y 5, quien afirma que “la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia”.

³⁸⁷ Dentro de la crítica que se formula a los delitos de peligro abstracto, es habitual aludir a la violación del principio de culpabilidad, si bien bajo esta rúbrica pueden discernirse cuestiones referidas tanto al injusto como a la culpabilidad en sentido estricto. Una de ellas sería la relativa al principio de lesividad, en el sentido de que se vulneraría la exigencia de “real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material”. Una segunda sería la concerniente al hecho de que la peligrosidad no sería abarcada por el dolo ni la imprudencia. Y, por último, la tercera se referiría a la no constatación en el caso concreto del peligro de la conducta. Explica este punto de vista, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 247.

con o sin personalidad jurídica, confluyen en el seno de la comunidad (sindicatos, partidos políticos, organizaciones profesionales o empresariales, etc.). Por el contrario, el concepto de bienes jurídico-penales supraindividuales engloba más nítidamente el concepto de intereses predominantes en una determinada sociedad carentes de titulares específicos por pertenecer al conjunto de la misma.

El análisis político-criminal de los delitos de peligro abstracto se sitúa usualmente en el marco conceptual resultante de la contraposición entre dos tendencias hasta cierto punto antagónicas, por un lado, la utilización del Derecho Penal como medio para la evitación del mayor número posible de comportamientos considerados socialmente dañinos; por otro, su carácter de arma subsidiaria, unido a su vocación de constituir la *ultima ratio* entre los diversos mecanismos de control social³⁸⁸. Se dice que las dificultades para encontrar un punto de convergencia entre ambas pulsiones ha desembocado en una tensión estructural en el sistema dogmático, una de cuyas manifestaciones más singulares sería la imposibilidad de conciliar los principios y límites programáticos propios del Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho con la realidad de una política criminal que favorece la dilatación del ámbito de actuación del sistema penal. En esta línea, algunos autores denuncian una crisis de las garantías tradicionales del Derecho Penal, lo que les lleva a cuestionar la eficacia y la legitimidad de los programas político-criminales que según ellos orientan la actual actividad legislativa.

Las tendencias presentes en los procesos de generación de normas penales en los Estados modernos muestran, sin duda, que sus sistemas de control social punitivos están extendiendo su radio de acción hacia ámbitos que hasta hace poco le eran desconocidos³⁸⁹. Esta ampliación se produciría como consecuencia de los riesgos que surgen en las sociedades postindustriales, en las que el desarrollo tecnológico y de los sistemas de producción y consumo propiciarían la aparición de amenazas capaces de afectar masivamente a un número indeterminado de ciudadanos. Algunas de estas

³⁸⁸ Las pretensiones de alcanzar una tutela global y sin fisuras de los bienes jurídico-penales puede comportar la imputación de riesgos no controlables por el sujeto, con la consiguiente vulneración del principio de culpabilidad, como sostiene MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 131 y 132.

³⁸⁹ Una de las causas de la extensión de los delitos de peligro abstracto respondería al denominado “principio de precaución” seguido en la gestión política de riesgos, lo que comportaría una reducción de los márgenes penales de riesgo socialmente permitido. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 17 y ss.

amenazas tendrían un origen artificial al no responder a causas naturales, sino a la actividad del ser humano, por lo que se vincularían a decisiones de éste. Asimismo, se relacionarían con grandes riesgos tecnológicos, como la explotación y utilización de la energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, etc., por lo que traerían consigo incluso la posibilidad de autodestrucción colectiva. La entidad cuantitativa y cualitativa de tales riesgos se vería agravada por la globalización de muchos de los fenómenos que tienen lugar en las sociedades postindustriales. En particular, se habrían globalizado ciertas formas de delincuencia al adquirir carácter transnacional, como ocurre con la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Podría hablarse entonces de “peligros globales” en “sociedades globales” integradas en una “sociedad del riesgo mundial”. Asimismo, estos riesgos provocarían indirectamente consecuencias secundarias no previstas en el orden social, económico y político también potencialmente catastróficas.

Estos riesgos artificiales propios de la industrialización, si bien serían asimilables a los grandes cataclismos naturales en cuanto a sus dimensiones, podrían imputarse a decisiones técnico-económicas, entre ellas las que tienen que ver con la ponderación de beneficios. Para valorar la opción de imputar las consecuencias lesivas que comportan, son relevantes las posibilidades de calcularlos, prevenirlos y controlarlos. Por otro lado, destacan las dificultades para conocer las relaciones de causalidad que se originan en este contexto. La complejidad organizativa de las relaciones sociales en muchas ocasiones impide determinar cada una de las contribuciones individuales al conjunto, lo que comportaría una ramificación de la responsabilidad a través de la interacción en procesos causales en los que intervienen numerosos sujetos intercambiables entre sí, a menudo integrados en un sistema de división del trabajo. Esto habilitaría, según algunos autores, para hablar de un modelo de “irresponsabilidad organizada”³⁹⁰.

³⁹⁰ Dado que no puede existir vida en comunidad sin peligros, la función del Derecho Penal no consistiría en evitar todo riesgo para los intereses que protege, sino sólo los que se consideran más inasumibles desde el punto de vista de la convivencia social. Así pues, desde la óptica de las funciones del sistema de control penal, las normas penales no pueden aspirar a evitar todo riesgo posible. Asimismo, para el control de los riesgos que se desea evitar, deben ser de aplicación preferente sectores del Ordenamiento menos aflictivos que el penal cuando éstos se revelen eficaces para la consecución de los mismos fines. Como apunta RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 74, “es función del sistema normativo regular los contactos sociales, de modo que el riesgo que generan no supere el nivel indispensable para no obstaculizar el funcionamiento de la sociedad. Todo riesgo adicional, en el marco de los bienes jurídicos que han sido seleccionados por el Derecho Penal, sí forma parte del catálogo de intervenciones racionales o justificadas”.

Una de las manifestaciones de estos riesgos sería la generación de una sensación de inseguridad colectiva, que podría existir incluso con independencia de la existencia y gravedad de los mismos. Esta impresión social explicaría que los individuos reclamen al Estado la provisión de sentimientos de seguridad en todos los ámbitos de interacción, cuyo destinatario acaba siendo el Derecho Penal al asignarse a éste la función de actuar como principal instrumento de prevención y control de los mencionados peligros. La convicción de que éstos pueden ser contenidos o conducidos alimenta la tendencia a reclamar la intervención penal en el momento en el que se forman, es decir, en una fase muy inicial de su desarrollo, con la consiguiente reducción de los márgenes de riesgo permitido³⁹¹. Personalmente considero que, aunque no todos esos riesgos sean producto de la posmodernidad, con ésta están en condiciones de adquirir otras connotaciones, al revestir un potencial dañino que justificaría el recurso al concepto de sociedad del riesgo como modelo explicativo de la evolución político-criminal actual.

Se asiste de esta manera a la incorporación en el Derecho Penal de algunos de los comportamientos productores de estos riesgos que estaban ya castigados por otras ramas del Derecho, como sucede con los riesgos ambientales³⁹². Asimismo, otros riesgos ya incriminados penalmente han visto incrementada la severidad de su castigo. Se constata entonces la tipificación penal de conductas en terrenos nuevos o relativamente novedosos (como el medio ambiente, la protección de consumidores y la ordenación de la economía), así como una intensificación de la intervención penal en los ámbitos más tradicionales (como el terrorismo, el tráfico de drogas, el orden público, etc.)³⁹³. Todos

³⁹¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 262 y ss. En relación con el principio de adecuación social, el mismo empezó a reconocerse en la segunda mitad del siglo XIX, al poner de manifiesto la industrialización la necesidad de asumir parte de los riesgos que con ella se crearon o incrementaron. Los riesgos que no pueden ser eliminados o cuya eliminación tendría un coste social inasumible, se han agrupado tradicionalmente bajo el concepto de “riesgo permitido”, una de cuyas manifestaciones sería el principio de confianza.

³⁹² Expone SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p. 141, que la conducta de algunos delitos medioambientales sólo puede ser lesiva para el bien jurídico a través de su acumulación o repetición. Por ejemplo, los vertidos de una sola empresa, por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales: “si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría –tiene- un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger”.

³⁹³ Según expone VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, p. 62, “actualmente, se presenta al Derecho penal como la ‘panacea’ frente a los problemas que surgen en la sociedad actual, caracterizada como ‘sociedad de riesgos’. Efectivamente, las demandas sociales de punición han aumentado considerablemente en el último tiempo para enfrentar los riesgos que hoy se presentan, fruto,

estos datos objetivos permitirían, no sólo aceptar el *topos* de la sociedad del riesgo, sino también identificar una específica política criminal propia de este paradigma sociológico de la que se nutriría el Derecho Penal vigente.

Como he apuntado, mi opinión personal es que las exigencias derivadas del principio de intervención mínima no implican que la actividad del Derecho Penal deba quedar circunscrita a su ámbito tradicional de actuación, consistente en la protección de intereses individuales frente a su lesión. En sociedades como la nuestra, caracterizadas por su pluralismo y complejidad, el Derecho Penal puede erigirse en un eficaz instrumento de prevención de otras conductas con un significado altamente perturbador para la convivencia social³⁹⁴. Si bien esto no significa que todo deba ser “responsabilidad de alguien”, por cuanto es inevitable un cierto margen de tolerancia penal frente a riesgos no totalmente controlables o predecibles, lo cierto es que el Derecho Penal no debe inhibirse completamente ante las nuevas demandas sociales de tutela.

Defender en el campo político-criminal una dilatación de las costuras del Derecho Penal no implica que la misma deba ser indiscriminada³⁹⁵. Es decir, no supone legitimar un sistema penal de control global en el que sean ilimitadas las funciones de proteger más los bienes, crear bienes distintos y protegerlo antes³⁹⁶. Los límites a la expansión

básicamente, del avance tecnológico. Una de las manifestaciones de esta inflación se observa en la ampliación de los bienes jurídico-penales (especialmente a través de bienes colectivos o supraindividuales) y en los términos generales y vagos que se emplean en su descripción”.

³⁹⁴ Por ejemplo, como razona SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 132 y ss., el medio ambiente constituye un “contexto” esencial de bienes personales del máximo valor, lo que justificaría la intervención penal para garantizar lo que se ha venido denominado como “desarrollo sostenible”. Pero no correspondería al Derecho penal “gestionar” el problema ecológico en su globalidad, sino sólo determinados aspectos del mismo, en concreto los que constituyan condiciones necesarias para el desarrollo de la vida humana.

³⁹⁵ Sobre la ineficacia de ciertas elecciones criminalizadoras defendidas por los partidarios de un Derecho Penal de la seguridad, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 81 y ss.

Debe partirse de la imposibilidad de controlar todas las fuentes de azar. Sin embargo, lo cierto es que algunos de los defensores de un Derecho Penal de la seguridad aspiran – podría decirse que ingenuamente – a neutralizarlo completamente. Abogan en consecuencia por una ilimitada tipificación de delitos de peligro abstracto, con el objetivo de alcanzar una regulación global apta para proporcionar, más allá de la gran cantidad de combinaciones de sucesos imaginables de cada caso concreto, una protección de los bienes jurídicos sin lagunas. De este modo la intervención penal pasaría de constituir una represión puntual, a basarse en una prevención global.

³⁹⁶ Aunque, como señala MIRÓ LLINARES, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’”, en *RECPC*, nº 17-23, 2015, pp. 3 y ss., no puede afirmarse que exista acuerdo sobre el concepto de bien jurídico, ni tampoco sobre su alcance y funcionalidad real, creo que el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos” es, a día de hoy y en ausencia de alternativas mínimamente contrastadas, el más fiable criterio para limitar la acción

del Derecho Penal pueden hallarse en la teoría del bien jurídico. Ésta puede proporcionar ciertamente valiosos criterios en orden a valorar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, como los vinculados a los principios de lesividad y proporcionalidad³⁹⁷. De esta manera puede evitarse una funcionalización del Derecho Penal hacia fines político-criminales basados en las nociones de inseguridad, complejidad social y necesidad de orientación y estabilización a gran escala de problemas sociales. Uno de los límites principales estaría entonces en la protección de víctimas potenciales de los riesgos aludidos, al margen de la tutela de funciones intrasistémicas³⁹⁸. Se quiere remarcar con ello que la admisibilidad de los delitos de peligro abstracto y de los bienes jurídicos supraindividuales no va unida sin más a la atribución de una función de estabilización normativa a la pena a través del ejercicio de la fidelidad al Derecho, ni a una flexibilización de las clásicas líneas de imputación de responsabilidad penal³⁹⁹.

Se dice que unos de los rasgos característicos de la Política Criminal actual es la creación de bienes jurídico-penales supraindividuales de contenido difuso, o directamente la disolución del concepto de bien jurídico-penal. Una de las consecuencias de esta situación sería la fundamentación del injusto penal en la mera inobservancia de normas organizativas, en la afectación de la vigencia de éstas. Pues

legislativa expansiva, siempre y cuando se interprete con arreglo a cánones constitucionales por medio de los que se ponga en valor la necesidad de dirigir el Derecho Penal a la protección de la persona.

³⁹⁷ En relación con ello, según apunta ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 259, “la intervención del Derecho Penal no debe estar condicionada al dato (puramente azaroso) de si, como consecuencia de una acción, se ha llegado o no a producir una lesión de la vida o la salud de una o varias personas. También es legítimo adelantar su intervención sancionando el hecho de ‘poner a la venta’ alimentos corrompidos (art. 363 CP), el de conducir un vehículo de motor sin estar en condiciones para ello (art. 379.2 CP), o el de imponer a los trabajadores condiciones de trabajo que pongan en peligro su vida o su salud (art. 316 CP), sin necesidad de tener que esperar al supuesto –que puede darse o no- de que se produzca una intoxicación alimentaria, un accidente de tráfico o un accidente laboral”.

³⁹⁸ Por ejemplo, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p. 140, los límites en las tasas de alcohol impuestos en materia de seguridad vial pueden tener sentido desde la perspectiva de la legislación administrativa, la cual permite ordenar globalmente un sector de actividad en base a criterios estadísticos. No cabe duda de que un gran número de personas superando esas tasas de impregnación etílica representa un peligro para la circulación. Es más, en términos de gestión administrativa del riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor y ciclomotores, incluso podría tener sentido el límite de 0 mg/l de alcohol por litro de aire aspirado, al ser su objetivo principal la reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera, Pero “tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación”.

³⁹⁹ Según sus detractores, los delitos de peligro abstracto comportan una confusión entre el verdadero injusto criminal y el control “socialtecnológico” de comportamientos que se desvían de la regla, lo que contribuiría a diluir la distinción entre el Derecho penal y otras ramas del Ordenamiento. Describiendo este planteamiento, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 80 y ss.

bien, la tutela de intereses universales o colectivos con perfiles más vagos que los individuales surge con la implementación y desarrollo del Estado social⁴⁰⁰, en el que el sector público pasa a desplegar un rol activo en la sociedad, principalmente a través de su actividad prestacional⁴⁰¹. En este contexto, la ampliación de los márgenes de actuación del Derecho Penal más allá de la prohibición de lesiones de bienes jurídico-penales individuales no implica que el mismo deba ofrecer seguridad en todos los campos de la vida social frente a cualquier conducta socialmente lesiva. La expansión del Derecho Penal nuclear encuentra límites en los propios principios y garantías de un Estado social y democrático de Derecho. El principio de lesividad impide que el Derecho Penal se limite a tutelar modelos de organización social concebidos como unidades funcionales a las que se ha atribuido un valor⁴⁰². También impide utilizar el bien jurídico como ilimitado criterio de ampliación de la intervención penal. Por lo tanto, el bien jurídico no puede ser despojado de su función como instancia crítica y de limitación del *ius puniendi*. Como señala ROXIN, los bienes jurídico-penales son “aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles”⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Sobre la asunción por parte del Estado de funciones consistentes en proporcionar prestaciones positivas para la generalidad de ciudadanos en ciertos ámbitos de importancia significativa, ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal...”, pp. 3 y ss.

⁴⁰¹ La abstracta protección de bienes jurídicos debe distinguirse de la protección de bienes jurídicos abstractos. Si bien la primera opción es legítima, al fundamentarse en la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, no puede decirse lo mismo de la segunda, toda vez que el contenido de los bienes jurídico-penales debe estar suficientemente concretado. Como señala MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 138 y ss., difícilmente el tipo incorpora una carga mínima de lesividad cuando protege de manera abstracta bienes jurídicos abstractos.

⁴⁰² El discurso de la “resistencia” a la modernización del Derecho Penal con arreglo a los parámetros axiológicos que proporciona el paradigma de la sociedad del riesgo, articulado en Alemania sobre todo alrededor de la Escuela de Frankfurt, estima que lo moderno supone una “ruptura” con las garantías penales liberales del Estado de Derecho, singularmente con el principio de que el Derecho Penal tan sólo es legítimo para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y como *ultima ratio*. En este sentido, la “desmaterialización” del concepto de bien jurídico supondría admitir que pueda considerarse como tal cualquier sustrato inmaterial al que se atribuya un valor, es decir, intereses no constituidos por una realidad empírica más o menos perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas. Vid. GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 32 y ss.

⁴⁰³ Vid. ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 5.

La inflación del Derecho Penal a la que se ha aludido va acompañada, de un modo hasta cierto punto paradójico, de un “adelgazamiento del Estado” en tanto que se está produciendo una transición de un Estado prestacional a un Estado de garantía o Estado garante, no en el sentido de retornar al viejo Estado bismarckiano, circunscrito a la protección frente a peligros, pero sí de desaparición del Estado intervencionista, toda vez que se está operando un proceso de delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes integradas por expertos. De tal forma que pasan a ser estas agencias regulatorias, como “poder técnico”, las que deciden sobre qué y cómo sancionar. Esta transferencia de prestaciones se realiza hacia quienes en principio están en mejores condiciones – en términos de conocimiento y experiencia – de llevarlas a cabo: terceros privados. Como señala SILVA SÁNCHEZ, “la delegación tiene lugar no sólo a agencias estatales sino también al sector privado o bien a una cooperación entre ambos (...). Se trata de un Estado ‘observador’ que, en un contexto de europeización y de privatización, mantiene la última responsabilidad por el bien común, al tiempo que confía en las fuerzas autorreguladoras de la sociedad y, en particular, del sector privado de la economía”⁴⁰⁴. Por lo demás, resulta inherente a este modelo regulativo un manejo de la sanción penal en términos de oportunidad, con el consiguiente abandono de criterios de proporcionalidad y de merecimiento de pena⁴⁰⁵.

El marco axiológico que proporciona nuestro diseño político-constitucional⁴⁰⁶ impide en efecto desmaterializar y difuminar el concepto de bien jurídico-penal. Y prescindir por lo tanto de los criterios racionalizadores y limitativos del sistema que reporta la teoría del bien jurídico⁴⁰⁷. La proximidad o lejanía de la conducta respecto de la lesión

⁴⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, “¿Derecho penal regulatorio?”, en *InDret*, n° 2, 2015, p. 1.

⁴⁰⁵ La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal remite a la existencia de una norma legal que define una conducta como prohibida y le asigna la correspondiente sanción, en torno a la cual se genera una colisión entre razones a favor y en contra de la intervención penal. Por lo tanto, resulta necesario definir los términos de dicha colisión en cada caso concreto, y en consecuencia establecer, por un lado, cuáles son los derechos fundamentales que se ven afectados tanto por la definición de la conducta penalmente típica, como por la clase y cuantía de la pena establecida; por otro, es preciso determinar si dicha afectación puede apoyarse en la persecución de un fin legítimo, el cual suministre razones a favor de la intervención penal. Vid. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal...*, pp. 43 y ss.

⁴⁰⁶ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 5, relaciona la función del Derecho Penal de asegurar una vida en común libre y pacífica no sólo con la Constitución, sino también con la noción de contrato social que se remonta a la Ilustración, y por medio de la que los ciudadanos, como portadores del poder estatal, instituyen un gobierno al que transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad: “por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por ejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad”.

⁴⁰⁷ El principio del bien jurídico queda sin embargo inane si no se somete a ulteriores concreciones, lo que obliga precisar cuál es su referente material, es decir, cuál ha de ser el criterio de selección de los objetos de tutela penal. En mi opinión el referente material del bien jurídico ha de ser el marco político-constitucional en un Estado social y democrático de Derecho. Sobre este particular, TERRADILLOS

del bien jurídico es entonces un indicador acerca de la ofensividad de la misma. Partiendo de esta premisa, hay que tomar dos decisiones relacionadas entre sí: la primera, sobre la legitimidad de los bienes jurídico-penales supraindividuales; la segunda, sobre si la legitimidad de éstos está condicionada a la presencia en ellos de una referencia antropocéntrica tácita o expresa cristalizada en un valor individual.

Por otro lado, la técnica de incriminación basada en el peligro abstracto no presenta mayores problemas de legitimidad de la intervención punitiva si se considera que tanto la concreta puesta en peligro del bien jurídico como su lesión dependen en buena medida del azar. En cuanto al resultado de peligro concreto, no cabe duda de que la presencia o no de un objeto material específico en el radio de eficacia del sujeto es una circunstancia no enteramente controlable por el sujeto, lo que habilita para prohibir el propio comportamiento peligroso para ello, en cuyo caso además se facilita el conocimiento del imperativo de conducta en el momento de la puesta en práctica de la actuación.

La necesidad de acudir a criterios materiales en la justificación del contenido de injusto de todo tipo penal se hace patente en la distinción entre tentativa irreal e inidónea⁴⁰⁸. En esta última no se toma como dato decisivo la infracción de una norma de conducta como ataque a la vigencia de una pauta de comportamiento vinculante, sino el carácter comunicativamente relevante del intento al mostrarse éste en el momento en el que se realiza como racional o idóneo para afectar a la integridad de bienes jurídicos. Por lo tanto, si la tentativa irreal no resulta comunicativamente relevante es por su evidente falta de peligrosidad para cualquier observador racional o medio. Esto abona la tesis de que el problema de la legitimación de los delitos de peligro abstracto es sustancialmente análogo al de la legitimación de la punición de la tentativa inidónea. Desde esta perspectiva, en los casos en los que la conducta – formal o aparentemente – constitutiva de un delito de peligro abstracto en realidad no fuera objetivamente previsible que produjera ninguna lesión del bien jurídico, ocurriría lo mismo que en la

BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal”, en *Pena y Estado*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 9 y ss.

⁴⁰⁸ En el marco de la interacción social, resulta inevitable justificar las leyes penales y las interpretaciones que de éstas se efectúan, en el sentido de dar razones en favor de una determinada alternativa de decisión, hasta el punto de que dicha alternativa se convierta en la más racional (en detrimento de las restantes posibles que han sido tomadas en consideración). En un estudio monográfico sobre esta cuestión, PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 19 y ss.

tentativa irreal, y en consecuencia la solución de impunidad debería ser la misma en ambos supuestos.

IV. Diferencias entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto

Es sabido que los delitos de lesión se diferencian de los de peligro a partir de la relación entre la conducta y el bien jurídico tutelado, por cuanto en los primeros se exige para la tipicidad del hecho la producción de un menoscabo efectivo del bien jurídico o del objeto material que lo encarna, mientras que en los segundos no se requiere ese efecto, y por tanto se produce un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo quebrantamiento⁴⁰⁹. La distinción entre los delitos de peligro concreto y abstracto también se relaciona con la proximidad entre la conducta y la lesión del bien jurídico, pero en menor medida al ser las tradicionales diferencias entre ambas figuras delictivas susceptibles de ser relativizadas, como se ha visto a propósito de la comparación entre la estructura del tipo objetivo de la tentativa inidónea y la de la tentativa idónea. Por otro lado, la decisión acerca de si estamos ante un delito de peligro abstracto, concreto o de lesión no sólo depende de la configuración de la clase de ataque y de sus eventuales consecuencias, sino también de cómo esté caracterizado el correspondiente bien jurídico protegido⁴¹⁰.

La multitud de factores que inciden en esta delimitación evidencia el carácter variable y por lo tanto problemático de la misma en un plano teórico y, sobre todo, práctico. Tanto es así que la perspectiva acerca del bien jurídico protegido puede provocar

⁴⁰⁹ Esta diferenciación ha sido desde antaño unánimemente aceptada tanto en la doctrina alemana como en la española, con independencia de la concepción sobre el concepto y las funciones del bien jurídico que se baraje. En la doctrina alemana, por todos, vid. MAURACH, *Derecho Penal. Parte General. I...*, pp. 340 y ss.; STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I...*, pp. 132 y ss.; MEZGER, *Tratado I...*, pp. 326 y ss. En la doctrina española, también por todos, vid. MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 343 y ss.; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal...*, pp. 81 y ss.; CANCIO MELIÁ, “El principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Introducción al Derecho Penal*, Coord. Lascuráin Sánchez, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 89 y ss.; y MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pp. 10 y ss.

⁴¹⁰ Un sector de la doctrina considera que los delitos de peligro se conforman con un riesgo menor que los delitos de lesión. Personalmente entiendo que tal punto de vista no puede ser acogido, toda vez que entre los ilícitos de lesión y de peligro no existirían diferencias en cuanto al riesgo objetivo inherente a la conducta, ya que en ambas modalidades delictivas el umbral de riesgo permitido se superaría simultáneamente. Sobre ello, vid. KISS, “Delito de lesión y delito de peligro concreto...”, pp. 4 y ss.

incluso la transformación de un tipo de lesión en uno de peligro, y viceversa⁴¹¹. Esto se pone singularmente de manifiesto, como se ha ido apuntando, en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales: si se considera la afectación que la conducta supone para el bien jurídico supraindividual, dichos delitos pueden reputarse de lesión; mientras que son delitos de peligro abstracto desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales finalmente tutelados. Así las cosas, una misma conducta puede entenderse que lesiona o pone en peligro el bien jurídico en función de cómo éste sea caracterizado. De ello se desprende que la labor de concreción del bien jurídico protegido debe ser anterior a la decisión en torno a cuál es su grado de afectación en términos de lesión o peligro⁴¹². Si se considera que los bienes jurídico-penales supraindividuales se configuran como intereses anticipados totalmente independientes, y por lo tanto que su protección da lugar a tipos de lesión, habrá que reputar típicas conductas que no muestran ninguna peligrosidad para intereses individuales, lo que equivaldría a rebasar, según se tratará de demostrar, las fronteras mínimas de legítima protección penal – es decir, las fronteras máximas de anticipación penal –. Ello permite sintetizar las causas explicativas de las dificultades para precisar si nos encontramos ante tipos de lesión o de peligro, o incluso si tienen ambas naturalezas, alrededor de circunstancias tales como la relatividad de los conceptos de daño y peligro; la insuficiente claridad en la determinación del carácter de lesión o de peligro imputable a una infracción; la falta de una delimitación nítida del objeto de protección; y la ausencia de referentes materiales en la conducta típica.

Ciertamente la previsión de nuevos delitos provoca un incremento de las dificultades para identificar adecuadamente el bien jurídico en aquellos campos en los que entran en juego novedosos intereses supraindividuales caracterizados por la inconcreción de sus perfiles, lo que los muestra primordialmente como objetivos de regulación, en la medida que los comportamientos contra ellos dirigidos no se significan por su carácter lesivo,

⁴¹¹ Conforme a cuanto se ha expuesto, se me antoja razonable la conclusión de KISS en cuanto a que en los delitos de peligro y de lesión los factores de riesgo son coincidentes. Así pues, a mi modo de ver, la especialidad de los delitos de peligro radica en que el tipo penal recoge algunos de los *resultados intermedios* del curso causal orientado a la lesión, y en que la consumación no requiere que se produzca la lesión. *Ibidem*. pp. 22 y 23.

⁴¹² Como señala KISS, si el resultado de peligro concreto requiere un juicio de “probabilidad cercana” de lesión, unido al ingreso de un bien jurídico en el ámbito de influencia de la fuente de peligro, y a que dependa “de la casualidad” si se produce o no la lesión, cuando se presente un resultado de lesión habrá ocurrido también un resultado de peligro concreto, en la medida que a una lesión del bien jurídico le precede necesariamente la posibilidad o probabilidad de esa lesión. *Ibidem*. pp. 10 y ss.

sino por ser inconvenientes o perturbadores desde la óptica de las condiciones de funcionamiento fijadas para un determinado ámbito de actividad. Ello ha llevado a cuestionar la legitimidad de proteger intereses muy adelantados respecto a la integridad de intereses individuales, o incluso intereses que no guardan ninguna relación con éstos al aparecer conformados fundamentalmente a partir del aseguramiento de las condiciones de funcionamiento del correspondiente subsistema. Todo esto confirma la seriedad de los problemas para identificar, no sólo el bien jurídico, sino también la correspondiente afectación o amenaza que implica la conducta para el interés tutelado, esto es, el contenido de injusto material de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales que se esconde detrás de la mera infracción de la regla. Parece evidente entonces que cuanto menor es el grado de abstracción del bien jurídico que se pretende salvaguardar con el precepto correspondiente, y por lo tanto mejor se perfilan los contornos del mismo, más fácil es determinar el grado de lesividad o peligrosidad de la conducta, tarea que resulta siempre imprescindible tanto desde una perspectiva dogmática como para justificar la intervención punitiva. Esta determinación pasa por no difuminar los intereses finalmente protegidos a través de una compleja y confusa red de intereses instrumentales que no deje traslucir claramente el nivel de anticipación de la tutela.

Sentado lo anterior, la doctrina suele elaborar una definición de los delitos de peligro concreto a partir de la que caracterizar de forma negativa o residual los delitos de peligro abstracto. Se dice en este sentido que los delitos de peligro abstracto son aquellos cuya formulación típica no precisa una concreta puesta en peligro del objeto material del bien jurídico protegido⁴¹³. Bajo esta perspectiva, ambas técnicas de tipificación requerirían una conducta desvalorada con arreglo a un juicio *ex ante*, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigirían además un desvalor de resultado consistente en la puesta en peligro del objeto material del delito⁴¹⁴. Ahora bien, tanto en los delitos de peligro abstracto como en los delitos de peligro concreto se da un contacto entre la conducta peligrosa y el objeto de protección, por lo que la única

⁴¹³ Así las cosas, el desvalor de resultado consiste en el menoscabo del objeto material del delito a través de su lesión o puesta en peligro. El bien jurídico como valor ideal está sustraído a la intervención del autor, por lo que sólo puede ser atacado en su materialización a través del objeto de la conducta. Sobre ello, JESCHECK, *Tratado...*, p. 278.

⁴¹⁴ Como explica KISS, “Delito de lesión y delito de peligro concreto...”, pp. 4 y ss., son dos los elementos que definen los delitos de peligro concreto, por un lado, la conducta peligrosa y, por otro, el resultado de peligro prácticamente sin excepciones descrito en la Ley.

diferencia entre ambos estriba, como se ha dicho, en que sólo en los delitos de peligro concreto el tipo exige además un contacto entre el comportamiento y uno de los objetos materiales en los que puede corporeizarse el interés tutelado. Sólo en este sentido en los delitos de peligro concreto se halla presente un resultado desvalorado, y por lo tanto la intensidad del ataque al bien jurídico es superior que en los delitos de peligro abstracto. Esta circunstancia no implica, sin embargo, que en los delitos de peligro concreto la peligrosidad de la conducta sea superior que en los delitos de peligro abstracto, toda vez que el efectivo contacto entre la conducta y uno de los concretos objetos materiales del delito es un dato aleatorio de no ser en el momento de actuar objetivamente previsible.

En contra de lo que opinan amplios sectores de la doctrina, la diferencia apuntada no significa que los delitos de peligro abstracto se limiten a sancionar la mera puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que ésta sea individualmente peligrosa en atención a las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado. En efecto, la peligrosidad de la conducta típica no puede determinarse a través de una generalización legal fundamentada en la opinión de que una clase de comportamientos son habitual o frecuentemente peligrosos para el objeto material del delito y por lo tanto para su objeto jurídico. En relación con ello, una de las hipótesis que se someterá a verificación es que (también) en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta típica es un elemento del tipo, no únicamente la razón o motivo de la existencia del precepto correspondiente, lo que convierte en indispensable la prueba acerca de si el comportamiento era o no en el caso concreto *ex ante* objetivamente peligroso – o, lo que es lo mismo, la confirmación de la peligrosidad general de la conducta en el caso individual –. Se descarta de esta manera la posibilidad de deducir el carácter peligroso – y por lo tanto lesivo – de la conducta a partir de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador. Esto obliga al Juez a constatar el peligro en el caso individual. Si el peligro no es únicamente la *ratio* de la incriminación de la conducta, no basta con comprobar la puesta en práctica de la actuación reputada peligrosa de manera general o abstracta al pertenecer a la clase de acción descrita en el tipo. Por lo tanto, el peligro abstracto no puede equipararse a la desaprobación general e indiscriminada de toda conducta perteneciente al género de conductas descrito en el correspondiente tipo de delito.

En contraste con los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro concreto disfrutan de una categorización doctrinal ostensiblemente más pacífica e uniforme, en parte porque en ellos el peligro constituye una circunstancia explícitamente contenida en el tenor literal del tipo. Nadie discute en consecuencia que en los delitos de peligro concreto el legislador no sólo ha seleccionado, a partir de juicios de experiencia⁴¹⁵, formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico, sino que además ha querido que en el caso concreto se haya producido una puesta en peligro del objeto de la acción. En estas formas delictivas no basta por lo tanto con la puesta en práctica de la conducta descrita en el tipo, sino que además uno de los posibles objetos del delito debe entrar en el radio de eficacia de la conducta peligrosa en los términos expresamente aludidos en el tipo, lo que debe ser objeto de constatación en el caso concreto por el Juez⁴¹⁶.

Puede contribuir a una adecuada distinción entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto un claro deslinde lógico-conceptual entre los términos peligrosidad y peligro. La peligrosidad sería un atributo que calificaría la conducta, al informar acerca de su potencialidad lesiva, por lo que implicaría un juicio sobre la misma en el momento de ponerla en práctica, en el que se tomarían en consideración los conocimientos y datos disponibles en ese momento como juicio de pronóstico o previsibilidad acerca de la posibilidad de producción de una lesión o concreta puesta en peligro del correspondiente bien jurídico. Al ser un juicio a realizar por el Juez con posterioridad a la realización del hecho, se trataría en puridad de una prognosis a posteriori sobre lo que *ex ante* podría haber sucedido. En cambio, el peligro como situación se referiría a los efectos *ex post* de la conducta, al revelar las consecuencias efectivamente derivadas de ésta. A partir de aquí puede afirmarse que la gravedad del ataque, y por lo tanto la lesividad de la conducta determinante del merecimiento de pena, sólo dependen de la peligrosidad de ésta, es decir, de su objetiva idoneidad *ex ante* para ocasionar una lesión o concreta puesta en peligro del interés tutelado. El peligro como efecto, al ser un factor condicionado al efectivo desarrollo causal del hecho y por

⁴¹⁵ El pronóstico general de lesión efectuado por el legislador puede definirse como aquel formulado con arreglo a reglas empíricas en virtud de las cuales un conjunto de circunstancias objetivas es apto para provocar cierta clase de consecuencias. *Ibidem.* pp. 10 y ss.

⁴¹⁶ Aunque no es una discusión del todo cerrada, lo cierto es que amplios sectores de la doctrina suelen convenir en una caracterización de los delitos de peligro concreto como aquellos en los que “la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual”. Vid. ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 336.

lo tanto en buena medida azaroso, sólo puede incidir eventualmente como desvalor de resultado en la necesidad de pena. Ahora bien, su presencia no significa que el hecho sea más grave desde la perspectiva de la infracción de la norma primaria, ni por lo tanto del injusto.

En línea con lo expuesto a propósito de la distinción entre tentativa idónea e inidónea, la trascendencia del dato sobre que se articula la distinción entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto, el peligro como desvalor de resultado, todavía puede matizarse más en atención a la noción de peligro por la que se ha optado. En relación con ello se ha argumentado que el peligro es sólo una representación subjetiva del sujeto que lo juzga (ya sea el autor, un imaginario espectador objetivo o cualquier tercero), que además se revela errónea desde la perspectiva del efectivo desarrollo causal del hecho, ya que *ex post* sólo hay conductas lesivas o inocuas⁴¹⁷. En este sentido el peligro es fruto de la ignorancia, de un insuficiente o defectuoso conocimiento sobre la evolución del mundo empírico, por cuanto la posibilidad de lesión está excluida de antemano cuando ésta no se produce, de manera que sólo por desconocimiento el emisor del juicio de peligro podía ignorar que la lesión no se produciría. Refuerza todo esto el carácter normativo y no ontológico del juicio de peligro, lo que puede ilustrarse claramente a través de un ejemplo: si alguien coloca una potente bomba en un colegio, el hecho presenta una elevada probabilidad de producción de un atentado contra el bien jurídico vida según las reglas de la experiencia, aunque si finalmente el dispositivo falla lo cierto es que en ningún momento se ha podido producir ninguna lesión, de modo que *ex post* el juicio de peligro siempre se revela en esta medida equivocado.

Esta circunstancia lleva a enfatizar la perspectiva *ex ante* en la valoración del hecho, y consecuentemente a relativizar la importancia de factores dependientes del efectivo

⁴¹⁷ Como apunta HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, p. 8, “hay unanimidad en que eligiendo una perspectiva *ex post* la categoría de la imputación objetiva no conseguiría su verdadera y originaria tarea de reducir la relación *ontológica* de causalidad entre comportamiento del autor y resultado, acudiendo a baremos *normativos*, a un grado adecuado en términos de responsabilidad, porque con esa forma de ver las cosas siempre se estaría en posición de concluir, a partir de la lesión, un peligro precedente. Y precisamente esa necesidad de restringir la relación causal, ilimitable debido a la teoría de la equivalencia, formaría parte del acervo consolidado de la dogmática jurídico-penal. Desde el punto de vista de la teoría de las normas esta tesis se formula como sigue: las normas de comportamiento, erigidas por el ordenamiento jurídico para proteger bienes jurídicos, no pueden, debido al alcance infinito de la relación causal, entenderse como meras prohibiciones de causación, sino que hay más bien que entenderlas como prohibición de introducir peligros no permitidos”.

desarrollo causal del hecho, y en este sentido aleatorios, como son los relativos al resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico. Contrasta la viabilidad de este modelo la circunstancia de que el juicio de peligro *ex ante*, como juicio en torno a la relevante posibilidad o probabilidad de producción de un menoscabo al bien jurídico, sigue siendo válido aunque *ex post* se compruebe que la conducta era incapaz de lesión desde un primer momento. El juicio que se efectúa en el momento de emprender la conducta no se refuta por el dato de que finalmente no pase nada, del mismo modo que no puede decirse que ha carecido de posibilidades de que le tocara la lotería quien finalmente no ha resultado agraciado en el sorteo, ni que no ha estado expuesto a ningún peligro el soldado que finalmente ha regresado ileso de una guerra. De ahí que las conductas tipificadas en los delitos de peligro abstracto no puedan ser consideradas menos peligrosas que las previstas en los delitos de peligro concreto. Ahora bien, por elevada que sea la peligrosidad de las conductas de los delitos de peligro abstracto, lo cierto es que no cabe duda de que en ellos el legislador adelanta la intervención punitiva a un momento consumativo anterior al que se toma como referencia en los delitos de peligro concreto, esto es, a un momento anterior a la entrada de uno de los objetos materiales del delito en el radio de efectiva eficacia causal de la conducta.

V. Objeto de protección en los delitos de peligro abstracto

1. Introducción

Desde hace tiempo se cuestiona la capacidad de la teoría del bien jurídico-penal para seguir desplegando las funciones dogmáticas y político-criminales que tradicionalmente se le habían asignado⁴¹⁸. En relación con las primeras, surge la duda de si los bienes

⁴¹⁸ Cuestionan ciertas tendencias la función crítica de la teoría personal del bien jurídico como posibilidad de objetar, a las decisiones del legislador de amenazar con pena determinadas conductas, que la norma correspondiente no protege ningún bien jurídico digno de tutela penal, esto es, como test externo sobre la justicia de las distintas opciones criminalizadoras. Se arguye que una de las razones de la crisis del concepto de bien jurídico reside en que prácticamente cualquier tipo penal puede relacionarse con un interés legítimo si se admiten nexos de imputación indirectos. Por ejemplo, los delitos contra la salud pública a priori pueden conectarse con la salud e integridad física de los individuos, si bien podría discutirse que en una sociedad pluralista el modelo de una vida de abstinencia sea una condición esencial de las posibilidades de desarrollo personal, y por lo tanto merecedora *per se* de protección penal. Se constata de este modo el riesgo de incurrir en una legitimación paternalista. Por otro lado, si se rechaza la concepción moral de una vida de abstinencia como bien jurídico protegido, la única justificación posible de estos tipos sería el interés del Estado en evitar los gravámenes financieros adicionales originados

jurídico-penales pueden ser actualmente un instrumento válido para la sustantivación del tipo⁴¹⁹, en concreto para medir la gravedad de la conducta en función de la intensidad del ataque contra ellos dirigido⁴²⁰. Las causas que explicarían la crisis de las funciones dogmáticas del bien jurídico serían múltiples⁴²¹. En primer lugar, estarían relacionadas con el aumento del recurso a los delitos de peligro abstracto, en los cuales la lejanía entre la conducta y la lesión del bien jurídico sería mayor que en los otros tipos (si bien esta distancia sólo es tal si se entiende que en ellos se protege un interés individual, ya que en caso contrario, como se ha reiterado, serían delitos de lesión)⁴²². En segundo lugar, destacaría la proliferación de los bienes jurídicos supraindividuales, por carecer éstos de un referente empírico o ser su contenido más difuso que el de los bienes jurídicos individuales⁴²³.

En mi opinión, la proliferación de delitos de peligro abstracto y de bienes jurídico-penales supraindividuales no comporta sin más los efectos que se pretenden achacar a dicho fenómeno. Estimo imaginable un Derecho Penal con delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales que se muestre respetuoso con los principios,

cuando los consumidores de drogas dejan de poder mantenerse a sí mismos, lo que en caso de consumo difundido podría poner en peligro la funcionalidad del sistema social. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 285 y ss.

⁴¹⁹ La contraposición entre bienes jurídicos y vigencia de la norma es uno de los principales puntos de debate en la dogmática penal de los últimos años, por lo que cualquier construcción teórica en el ámbito de la Teoría del Delito debe empezar tomando partido en esta polémica. Explica como muchos de los críticos con un Derecho Penal concebido como protector de bienes jurídicos se vinculan a la función ético social del Derecho Penal, como aseguramiento de la vigencia de los valores ético sociales positivos, a través de un sistemática acentuadamente normativa, MELENDO PRADOS, “Valores de la acción y bienes jurídicos...”, pp. 63 y ss.

⁴²⁰ Se cuestiona, en síntesis, la capacidad del bien jurídico para seguir “iluminando” el tipo, en el sentido de constituir una de las instancias desde las que resolver los problemas que surgen en la interpretación de la norma, como explica ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 178.

⁴²¹ La oposición al concepto de bien jurídico como criterio para medir el grado de lesividad del hecho no es un fenómeno nuevo. Ya en períodos anteriores, concretamente en la década de los años 30 en Alemania, surgieron voces que postularon un concepto de delito como “lesión de un deber”. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, p. 14.

⁴²² Se produce una anticipación de las barreras de tutela penal en función de cuál sea el bien jurídico de referencia. Es lo que ocurre con los bienes jurídicos supraindividuales si se entiende que detrás de ellos se encuentra tácitamente reconocido un interés individual. En este caso los bienes jurídicos supraindividuales encubrirían otros objetos de protección. Vid. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 40 y ss.

⁴²³ Cuestionando que el concepto de bien jurídico sea el “fruto más maduro de la Ilustración”, PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?...”, pp. 2 y ss., expone que el mismo se remonta al siglo XIX, con la publicación en el año 1834 de un artículo del profesor BIRNBAUM titulado “Sobre la necesidad de una lesión del derecho para el concepto de delito”. La interpretación del delito como la lesión del derecho se remonta a FEUERBACH. En contra de lo que el título de su artículo pudiera sugerir, el trabajo de BIRNBAUM no constituye una defensa de la teoría de la lesión del derecho de FEUERBACH, sino una acerada crítica contra la misma, si bien según PAWLIK ambos autores a través de la noción de bien jurídico intentaron formular un patrón suprapositivo que estableciera límites a las actividades de penalización del legislador.

garantías y límites del *ius puniendi* derivados del modelo político-jurídico vigente. Creo en concreto conceptual y lógicamente posible que, en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales, la conducta disponga de un grado de injusto suficiente como para ser compatible con los principios de lesividad y proporcionalidad. Desde esta óptica, los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales estarían en disposición de servir eficazmente a la función primaria de las normas penales, consistente en evitar la realización de conductas que aparezcan en el momento de emprenderse como objetivamente peligrosas para los intereses que la comunidad ha identificado como más esenciales⁴²⁴. En este orden de cosas, lo específico de los delitos de peligro abstracto contra intereses colectivos sería que en ellos se protege un valor individual a través del castigo de la lesión de un valor supraindividual.

Otra cosa es que, como consecuencia de una técnica legislativa defectuosa, el legislador incrimine conductas muy lejanas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; o conductas con un significado tan amplio que abarque tantos comportamientos que lo hagan incompatible con el principio de taxatividad, esto es, con las mínimas cuotas de concreción exigibles a los tipos penales⁴²⁵. O que éstos estén configurados de tal forma que no pueda determinarse claramente cuál es el bien jurídico protegido⁴²⁶. En todos estos supuestos los tipos penales en cuestión serían incompatibles con los principios político-criminales que rigen el sistema penal, de modo que su existencia no estaría axiológicamente justificada. Con todo ello se trata de poner de manifiesto que caben posturas intermedias entre el abandono de los criterios que el bien

⁴²⁴ Con todo, a propósito del carácter cambiante de las valoraciones sociales, AMBOS, “Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional...”, p. 346, precisa que “después de todo, la aceptación social o el rechazo de ciertas formas de comportamiento constituyen – nos guste o no – los cimientos colectivos de nuestra política criminal. Así, un cambio radical en las actitudes sociales podría ocasionar que un Estado se abstenga de un castigo o que lo introduzca”.

⁴²⁵ En relación con ello, como destaca SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?...”, p. 2, “en las últimas décadas, los propios Tribunales constitucionales han reconocido la inevitable vaguedad del lenguaje ordinario así como la legitimidad del recurso del legislador penal a términos porosos, con la finalidad de lograr la adaptación de las leyes formales a circunstancias cambiantes o a las exigencias de justicia del caso concreto. La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría dada, entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales. Dicha estabilidad – previsibilidad – habría de ser garantizada, en última instancia, por el respectivo Tribunal constitucional”.

⁴²⁶ Como observa MIRÓ LLINARES, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, pp. 4 y 5, en un contexto de reflexión dogmática en el que se pone en duda la capacidad de rendimiento del principio del bien jurídico, se ha renovado el interés, sobre todo en Alemania, por todo un conjunto de conductas, algunas de reciente incriminación, encuadradas en el término de *Verhaltensdelikte*, cuyo denominador común sería que, no afectando claramente a ninguno de los derechos individuales definidos por el Ordenamiento, resultan ofensivas para la colectividad o, en otros términos, afectan significativamente a sentimientos sociales más o menos consensuados.

jurídico reporta en la labor dogmática y la circunscripción del mismo a los intereses estrictamente individuales. Estas posiciones de síntesis pasarían por intentar hallar en los bienes jurídico-penales supraindividuales las mismas funciones dogmáticas que tradicionalmente han desempeñado los bienes jurídico-penales individuales.

Como observa REGIS PRADO, no cabe duda de que para alcanzar su objetivo de dirección social, las normas penales adoptan la forma de pautas o modelos de comportamiento, exteriorizados en normas jurídicas de conducta. De esta manera se constituye un ordenamiento normativo, integrado por normas que convierten en jurídica una determinada relación social u organización. En este sentido, las normas penales pretenden dirigir el comportamiento del hombre en sociedad⁴²⁷. Sin negar esto, lo cierto es que su legitimidad en un modelo político democrático sólo puede proceder de la relación entre su contenido y determinados cánones constitucionales de carácter esencial. De ahí que los valores protegidos en las normas penales imperativas deban ser contrastados con los valores superiores del Ordenamiento. Por lo tanto, mientras que el carácter determinativo de las normas penales condiciona su eficacia y existencia en cuanto tales, las valoraciones a ellas subyacentes inciden en su legitimidad político-criminal. Consecuentemente, para explicar el injusto, y por extensión el grado de lesividad del hecho delictivo, no basta con la referencia a la defraudación de la expectativa de comportamiento protegida por la norma⁴²⁸, con la consiguiente amenaza a la vigencia de ésta, sino que este elemento debe completarse con la afectación (negativa) de las posibilidades de autorealización del individuo en sociedad. Sólo así, desde la perspectiva de los fines político-criminales, es posible evitar una excesiva normativización de deberes, y en base a ello conectar la realidad jurídica con la realidad social que le sirve de base y fundamento valorativo.

Así pues, para no incurrir en los defectos del positivismo jurídico, la teoría imperativista clásica debe ser renovada o enriquecida con contenidos materiales, en el sentido de afirmar que la razón del carácter imperativo de las normas primarias reside en la existencia de un *valor* que ha de realizarse en una conducta como un *deber ser* imperativo. Una vinculación estricta a la teoría imperativista clásica convertiría el Derecho Penal en un conglomerado de imperativos cuya obligatoriedad no sería más que un mandato arbitrario e injustificado, como de hecho acontece con todo sistema dogmático que ose prescindir de la noción de bien jurídico, en particular con las metodologías funcionalistas articuladas alrededor del daño a la vigencia de la norma, pues en ellas el Ordenamiento se pone al servicio de su propia autoconservación, con independencia de cuál sea su contenido, lo que cierra la puerta a cualquier comprobación acerca de la bondad de las normas a aplicar.

⁴²⁷ Vid. REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta...”, pp. 147 y ss.

⁴²⁸ Sobre la capacidad de un paradigma autopoietico basado en la teoría de los sistemas y roles sociales para alcanzar altos niveles de coherencia en la descripción del sistema social del derecho y, dentro de él, del subsistema penal, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación...*, pp. 202 y ss.

Se ha dicho que la técnica de tipificación basada en los delitos de peligro abstracto está preferentemente orientada a la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual. Éstos pueden concebirse básicamente de dos formas distintas. Por un lado, como intereses independientes de cualquier referente individual, en cuyo caso estarían destinados a la tutela de algunos de los subsistemas o modelos de organización de los que se compone el sistema social⁴²⁹. Por otro, como intereses con un contenido más o menos autónomo, pero en todo caso dependiente de alguna referencia individual. En este supuesto los bienes jurídicos supraindividuales serían bienes adelantados instrumentalmente dirigidos a la protección de intereses de titularidad individual. Estas lógicas político-criminales y dogmáticas responderían, como he dicho, a factores intrínsecos a la sociedad del riesgo, entre los que destaca la disminución de la tolerancia social hacia la inseguridad, lo que explicaría en parte el fenómeno de la progresiva administrativización o expansión del Derecho Penal⁴³⁰. Ello no obstante, empíricamente no se ha comprobado que esa sensación de inseguridad más o menos generalizada se corresponda con la realidad, es decir, con la gravedad real u objetiva de los riesgos con los que el conjunto de la sociedad está llamado a enfrentarse. En este orden de ideas, en la medida que con el término “seguridad” solemos designar una percepción subjetiva, es perfectamente posible que la sociedad no experimente temor ante hechos realmente peligrosos y, en cambio, sí frente a otros objetivamente inocuos. En coherencia con el carácter dinámico de los sistemas sociales, puede suceder incluso que una actividad desplegada y aceptada durante mucho tiempo pase a considerarse intolerable – por causas no necesariamente racionales – a partir de cierto momento⁴³¹.

⁴²⁹ Desde esta perspectiva, el soporte de tales bienes estaría constituido “por las condiciones ideales, normativa y abstractamente definidas, de la capacidad de funcionamiento conforme a su fin de determinados subsistemas o instituciones (...). Lo protegido aquí – se dice – no serían en realidad bienes jurídicos, sino ‘funciones’, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, sólo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos. El concepto de bien jurídico, por ello, tendría en el Derecho penal moderno un sentido más bien sólo ‘nominal’”. Vid. GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 32-33.

⁴³⁰ En opinión de CARPIO BRIZ, *Non bis in idem. Un derecho fundamental del ius puniendi español frente a la superposición de sanciones administrativas y penales*, tesis inédita, Barcelona, 2011, pp. 94 y 95, las transformaciones de las sociedades postindustriales, postmodernas y globales generan un “totalitarismo de la conservación” y, con ello, un Derecho punitivo acentuadamente *asegurativo* o *securitario*, caracterizado por déficits democráticos estructurales: “el contragrimento mayoritario empleado es el propio de una democracia cada vez más formalizada e indirecta y menos deliberativa que no deja de ser más que un recurso discursivo destinado a legitimar el menoscabo de las garantías de libertad atrincheradas en las normas constitucionales”. Vid. también NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito...*, p. 23.

⁴³¹ Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, p. 31.

En mi opinión, el Ordenamiento jurídico en su conjunto responde a una misma finalidad, consistente en establecer pautas de organización formalizadas en los distintos sectores de interacción social. Estas pautas resultan necesarias para posibilitar la propia vida en comunidad, por lo que resulta justificado respaldar su eficacia a través de la coerción estatal. Pero esto debe completarse con otras consideraciones si se parte de una determinada imagen del individuo como ser dotado de una cierta capacidad de libre albedrío⁴³². En primer lugar, el Estado debe garantizar una esfera de libertad individual, dentro de la que se incluiría la facultad de intervenir en los procesos de creación de normas⁴³³. En segundo lugar, toda injerencia del Estado en esa esfera de libertad individual debe estar justificada por razones de justicia o de utilidad social a través de un adecuado juicio de ponderación de intereses⁴³⁴. En caso contrario, la actuación estatal sería arbitraria y, por lo tanto, contraria a la dignidad del ciudadano afectado, la cual resulta indisponible para terceros. Por otro lado, si se parte de una cierta noción de igualdad, las cuotas de libertad individual aseguradas por el Estado deben ser las mismas para todos los ciudadanos, de modo que en general todos éstos han de poder participar en igualdad de condiciones en los procesos de creación de normas. Según esto, los bienes jurídicos han de ser aquellos intereses identificados como tales por la sociedad con arreglo a procedimientos participativos⁴³⁵.

⁴³² En el sentido kantiano del concepto de libre albedrío se encuentra una de los fundamentos nucleares de los sistemas de imputación teleológico-funcionalistas. Vid. ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 10.

Abordar la utilización que en Derecho Penal se hace de un concepto tan polisémico como el de libertad desbordaría en mucho las posibilidades de este trabajo. Al respecto puede consultarse el original e interesante artículo de SÁNCHEZ-OSTIZ, “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”, en *InDret*, nº 1, 2014, pp. 23 y ss.

⁴³³ Abunda en la relatividad ética de nuestra sociedad, lo que dificulta una fundamentación racional intersubjetiva del sistema de Derecho Penal, SÁNCHEZ LÁZARO, “Recensión a Norbert Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Ed. Beck, 2012, 143 págs...”, pp. 5 y ss.

⁴³⁴ A juicio de PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación...*, pp. 395 y ss., para la determinación del riesgo permitido el criterio de la ponderación de intereses o la figura del hombre prudente no han mostrado suficiente capacidad de rendimiento, por lo que propone recurrir a la idea de rol social. En mi opinión todos estos parámetros son hasta cierto punto compatibles entre sí.

⁴³⁵ Conviene no olvidar, como señala NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito...*, pp. 72 y ss., que el sistema social acogido en nuestra Constitución es de corte personalista, y por lo tanto de orientación al individuo, pues tiene que estar fundado en el respeto a los derechos fundamentales. Así pues, las concepciones sociológicas del Derecho Penal basadas en la estabilización de normas, aun cuando fueran correctas en su concepción de la dañosidad social, deberían rechazarse por la ausencia de orientación al individuo. En caso contrario, sería insoportable el riesgo de subordinar las necesidades del individuo a las del sistema.

En un sistema democrático el acto fundacional del régimen político tiene lugar con la promulgación de la Constitución. De entre todas las pautas organizativas del sistema social, ésta expresa las más nucleares o esenciales. Expresa en concreto los valores que se consideran más prevalentes en la sociedad que ha decidido constituirse, y por ende más dignos de tutela por parte del Estado. La Constitución delimita entonces el marco axiológico de referencia en el que todas las directivas y valores de rango menor tienen que tener cabida, lo que queda corroborado por la propia vocación de permanencia en el tiempo que tiene, al ser especialmente reforzadas las mayorías que se precisan para su aprobación y modificación⁴³⁶. El contenido de todos los subsectores del Ordenamiento jurídico tiene que ser compatible por consiguiente con los criterios rectores contenidos en la Constitución.

Ya en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, que fue el nombre que recibió la Constitución de la República Federal de Alemania aprobada el 8 de mayo de 1949 en Bonn, el potencial político del concepto de bien jurídico adquirió relevancia como base para la reforma del Derecho Penal. Por un lado, bajo la estela del principio de lesividad social, con el que se aspiraba a descriminalizar todas aquellas conductas que no podían considerarse socialmente lesivas por no implicar la lesión de un bien jurídico. Por otro, existía la esperanza de que la función limitativa del concepto de bien jurídico-penal se viera potenciada por el anclaje jurídico-constitucional, pues se estimaba que el Derecho Penal sólo podía tutelar aquellos intereses que cabía inferir de la Constitución o, al menos, que se ubican en el marco protegido por ésta⁴³⁷.

De entre todos los sectores específicos del Ordenamiento, el Derecho Penal es el que tiene asignadas las consecuencias más aflictivas para el supuesto de que las pautas organizativas por él previstas sean conculcadas. Esto justifica que el Derecho Penal proteja los intereses más esenciales frente a las modalidades de ataque más graves por

⁴³⁶ Para que una norma resulte válida en cuanto a su contenido, es preciso, en virtud del principio de jerarquía normativa, que no contradiga ninguna norma de rango superior. Es posible afirmar por lo tanto que una acción legislativa que no reúna dicha condición (en cuanto al contenido directivo de la norma creada) no resultaría racionalmente justificable. Pero la solución a este problema no es tan pacífica como en un principio podría parecer, puesto que tanto la Constitución como las leyes penales internacionales presentan una extraordinaria – en comparación con otras clases de normas – vaguedad, que se ha dado en llamar “textura abierta”. Sobre ello, PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales...*, pp. 52 y ss.

⁴³⁷ Estima que aun limitando la criminalización de conductas a aquellas que deban considerarse socialmente lesivas por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional, el perímetro susceptible de ser abarcado por el Derecho Penal es muy amplio, ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima* (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 33 y ss.

ser las socialmente más perturbadoras⁴³⁸. Si es una finalidad común a todo el Ordenamiento jurídico establecer un determinado modelo de organización social, la esfera de injerencia en la libertad individual que supone toda norma jurídica no estaría justificada si fuera inútil para el mantenimiento del sistema de convivencia consagrado constitucionalmente. No dispone entonces el legislador penal de libertad absoluta para identificar los intereses que considera susceptibles de tutela, sino que en esa actividad está limitado por el marco valorativo que deriva del texto constitucional⁴³⁹. De esta manera el Derecho Penal sólo puede tutelar los intereses más esenciales para la vida en comunidad.

Pero la vida en comunidad no es un fin en sí mismo, sino que ha de ser individualmente útil, habida cuenta de que la sociedad desde cierta perspectiva no es más que un conjunto de ciudadanos. Sólo así se explica que los individuos cedan parte de su libertad al Estado. Los ciudadanos renuncian a una parte de su libertad individual a fin de que el Estado les asegure la indemnidad de la cuota restante. Esta indemnidad ha de permitir a los ciudadanos optimizar sus posibilidades de participación social. De ello se extrae que el Derecho Penal, en tanto que sector del Derecho positivo protector

⁴³⁸ Paralelamente a la discusión suscitada en nuestro ámbito sobre la capacidad crítica del concepto de bien jurídico, en el derecho angloamericano el debate se centra en torno al principio del daño (*harm principle*), a partir del cual se justifica la criminalización de conductas humanas sobre el concepto de “daño”, en particular requiriendo “daño a otros”. Asimismo, se ha discutido si el daño debe ser “actual” o si, por el contrario, basta con el “riesgo de dañar”, si bien en la actualidad la controversia parece resuelta a favor de quienes consideran que el principio del daño también se satisface si sólo se provoca “un riesgo de daño” (*risk to harm*). AMBOS se refiere a ello del siguiente modo: “tanto la idea del bien jurídico como el principio del daño muestran cierta afinidad, en cuanto que básicamente procuran elaborar una teoría de la criminalización para distinguir ‘aquellas leyes penales que se justifican de aquellas que no’. Ambos esfuerzos son parte de un proyecto liberal de derecho penal moldeado por su carácter de *ultima ratio* (excluyendo de cualquier penalización, en particular, las faltas meramente morales) y por los bien conocidos principios fundamentales de culpabilidad, legalidad y equidad procesal. En cierto modo, se puede considerar el principio del daño como el lado negativo del bien jurídico, en el sentido de que expresa el resultado sustancial y tangible de una violación del bien y las exigencias a la respectiva conducta dañosa”. Vid. AMBOS, “Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional...”, p. 366.

⁴³⁹ En el marco de la discusión en torno al concepto y funcionalidad del bien jurídico-penal, cabe constatar un creciente interés de nuestra doctrina por algunos de los principios del Derecho Penal Anglosajón, lo que está llevando a los sectores implicados a proponer un cambio en el enfoque de la cuestión, y con ello a abrir la puerta a la criminalización de conductas no lesivas de intereses sino contrarias a sensibilidades sociales más o menos compartidas. Es decir, de comportamientos considerados lesivos, no por ser peligrosos para intereses reconocidos como esenciales por el Estado, sino por afectar a la sensibilidad social o ser contrarios a convicciones morales mayoritarias. Personalmente entiendo, en línea con la idea dominante en la filosofía liberal, que el Estado no puede intervenir de forma coercitiva en la vida de las personas, aun cuando conforme a estándares comunes, actúen de forma inmoral, a menos que tales comportamientos dañen a otros. Vid. MIRÓ LLINARES, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, p. 10.

de los valores más esenciales para el sistema social, sólo puede tutelar bienes jurídicos funcionalmente útiles para garantizar la esfera de libertad individual⁴⁴⁰. Consecuentemente, todo delito debe comprometer las posibilidades de participación social individual. Esto impide tutelar penalmente simples “situaciones”, “estados” o “contextos” que no guarden ninguna relación con algún interés individual. Si la permanencia del sistema social fuera un fin en sí mismo, no estaría justificada la cesión de libertad individual efectuada a favor del Estado⁴⁴¹.

Si toda norma penal debe ser individualmente útil, sólo puede serlo aquella que protege un valor con algún referente individual, más allá de su propia vigencia o autoafirmación. Esto no supone renunciar a la existencia de bienes jurídico-penales supraindividuales, por cuanto la protección de éstos puede ser individualmente útil. En efecto, la preservación de determinadas situaciones organizativas puede ser funcionalmente necesaria para optimizar las posibilidades de participación social individual. Pero dichas situaciones organizativas se protegerían por su valor instrumental respecto de intereses individuales⁴⁴². Serían por lo tanto una forma de adelantamiento de la tutela de estos últimos justificada por la importancia de los mismos. Según ello, el parámetro de legitimidad político-criminal de un bien jurídico-penal supraindividual siempre es la presencia en él de algún referente individual. La

⁴⁴⁰ Al hilo de lo anterior, las teorías fundamentadoras del injusto basadas en el quebrantamiento de la vigencia de la norma, y que por lo tanto tienden a una configuración del ilícito marcadamente formal (no sólo en el caso de los delitos de peligro abstracto), creo que en el fondo ocultan la naturaleza de la pena como *artefacto ideológico*, por la vía de presentarla como una herramienta de *producción de seguridad* a través de la evitación de crímenes futuros. Vid. MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva...”, pp. 18 y ss.

⁴⁴¹ Dentro del proceso de reformulación de los fines de la pena, de la mano de JAKOBS, se ha incorporado un nuevo punto de vista que legitima su imposición desde la prevención general positiva, y en el que por lo tanto aquella se justifica en la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma, esto es, como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. A mi modo de ver este modelo conduce a una desconsideración de los principios, límites y garantías propios de un modelo político constitucional, y por lo tanto resulta esencialmente avalorativo. Así pues, si las tesis de la prevención general positiva parecen de por sí cuestionables, más lo son en un sistema en el que se aspira a alcanzar la adhesión de los ciudadanos al Derecho con independencia de cuál sea el contenido axiológico de éste. Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica...”, pp. 120 y ss.

⁴⁴² También en el llamado Derecho Penal Internacional se combinan objetivos individuales y colectivos, en particular los relativos a la necesidad de proteger a los ciudadanos de violaciones de los derechos fundamentales (sirve, en definitiva, a la convivencia pacífica de las personas, dentro de un Estado y más allá de las fronteras estatales, en caso de graves violaciones a los derechos humanos y amenazas masivas a la paz y la seguridad de la humanidad). Esta combinación individual-colectiva capta la función global del Derecho Penal Internacional: la protección de los bienes jurídicos fundamentales, individuales y colectivos, y la prevención de un daño real a estos bienes jurídicos. Vid. AMBOS, “Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional...”, pp. 375 y 376.

opción contraria abriría la puerta a la protección penal de situaciones organizativas no esenciales para el individuo⁴⁴³.

Sólo pueden prohibirse penalmente aquellas conductas que creen un riesgo significativo para un interés social esencial, puesto que sólo así se respetan los amplios márgenes de libertad de acción individual que ampara la Constitución. De ésta pueden extraerse entonces las herramientas con las que valorar la legitimidad de cualquier bien jurídico-penal y delimitar su contenido⁴⁴⁴. En función de ello es posible determinar el grado de lesividad de la conducta para el interés atacado, así como modular la intensidad de la reacción punitiva en términos de proporcionalidad⁴⁴⁵. Es en definitiva la Constitución un límite para el legislador penal. En este orden de ideas, estimo obligado someter todas las cuestiones político-criminales y dogmáticas esbozadas a una suerte de control de constitucionalidad, el cual además debe servir para contrastar la viabilidad de la concepción acerca de los delitos de peligro abstracto por la que aquí se opta. De hecho el marco constitucional debe ser una de las principales referencias en toda decisión jurídico-penal que implique una ponderación entre la protección de intereses y la libertad de acción de los ciudadanos⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Oponiéndose expresamente a la existencia de delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales, GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 36 y ss.

⁴⁴⁴ Relativiza el origen liberal del concepto de bien jurídico, al tiempo que revisa a la baja su potencial crítico, PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?...”, pp. 7 y ss. En su opinión, el defecto principal del pensamiento del bien jurídico reside en que no suministra criterios fiables para identificar qué intereses son merecedores de tutela penal en el marco de una sociedad compleja que contempla el mantenimiento de estados polifacéticos.

En un sentido parecido, se interroga AMBOS, “Bases teóricas para determinar la ‘función global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional...”, p. 354, acerca de si el concepto de bien jurídico confiere un criterio (normativo) para decidir qué intereses deben ser protegidos por la Ley penal y cuáles no. En relación con el Derecho Penal alemán, afirma que “de hecho, es justo decir que la prueba de constitucionalidad y los juicios de valor inmanentes son lo suficientemente abiertos como para justificar prácticamente cualquier resultado, es decir, una disposición del derecho penal sólo sería declarada inconstitucional en circunstancias muy excepcionales, a saber, cuando no puede ser justificada por ningún fin social superior. Desde esa perspectiva, el concepto de bien jurídico no parece ser tan vacío ni vago como señalan sus críticos. En cualquier caso, pareciera que es capaz de limitar el derecho penal de una forma más eficiente y significativa que el estándar constitucional de la proporcionalidad. Así, al menos puede servir como un concepto mediador entre las normas del derecho penal y la demasiado rudimentaria prueba de proporcionalidad”.

⁴⁴⁵ Explica como, desde la perspectiva de la intervención en derechos fundamentales, mediante la definición del tipo penal se produce una restricción de posiciones de libertad, LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal...*, pp. 278 y ss.

⁴⁴⁶ Sobre la resistencia en las sociedades posmodernas a remitir las consecuencias lesivas de determinados peligros al ámbito del caso fortuito, y por ende del riesgo permitido, GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 34 y ss.

En relación con ello, si se entiende que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, no cabe duda de que el contenido de lesividad del hecho viene determinado por la relación negativa de éste con alguno de ellos⁴⁴⁷. Esto abona la tesis según la cual sólo han de considerarse típicas las conductas que, además de coincidir con el tenor literal del tipo, atenten contra el bien jurídico protegido por ser lesivas o peligrosas para el mismo⁴⁴⁸. En este contexto, adelantar la intervención penal al momento de la realización de la conducta puede conformar una técnica de protección necesaria si aquella se muestra al tiempo de emprenderse suficientemente capaz de lesionar el correspondiente bien jurídico-penal.

2. Concepto de bien jurídico-penal

Sin ánimo de entrar exhaustivamente en todas las implicaciones dogmáticas y político-criminales del concepto de bien jurídico⁴⁴⁹, no obstante sí conviene hacer referencia a algunos de sus aspectos más importantes. Muy resumidamente puede decirse, ni que sea para contextualizar el desarrollo que sigue, que, como consecuencia del abandono definitivo de los paradigmas positivistas y finalistas, y por consiguiente de la quiebra de la dogmática de corte ontológico, en las últimas décadas la discusión en torno al concepto y funciones del bien jurídico-penal se ha concentrado en el seno de las doctrinas de carácter normativo (en concreto teleológico-funcionalistas), lo que con el paso del tiempo ha dado lugar a una clara escisión entre dos grandes líneas de pensamiento, por un lado, la representada por la escuela de ROXIN, por el otro, la iniciada por la escuela de JAKOBS⁴⁵⁰. Mientras que en la línea programática de ROXIN los esfuerzos se dirigen a la orientación del sistema del Derecho Penal hacia la protección de bienes jurídicos, al estimarse que ésta es una exigencia intrínseca a los fines político-criminales propios de un Estado democrático (cuando no del propio

⁴⁴⁷ En las teorías del injusto fundamentadas (exclusivamente) en la necesidad de reforzar la vigencia de la norma penal infringida, a mi modo de ver subyace una visión esencialmente utópica de la sociedad como comunidad humana efectivamente liberada del “flagelo de la delincuencia”, así como una concepción principalmente “profiláctica” de la intervención penal. Vid. MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva...”, pp. 21 y ss.

⁴⁴⁸ Vid. ALCÁER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 19 y ss.

⁴⁴⁹ Sobre como el concepto de bien jurídico constituye una cuestión nuclear del Derecho Penal, en tanto que obliga a inquirirse sobre qué es necesario proteger y cómo se debe proteger, BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal...*, p. 38.

⁴⁵⁰ Vid. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 41 y ss.

concepto filosófico-político de democracia)⁴⁵¹; en la elaboración de JAKOBS el fin del Derecho Penal se ve únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos prestados de la teoría sociológica de los sistemas⁴⁵². Los ejes del pensamiento de este último autor, así como las aportaciones de quienes de un modo más o menos velado le siguen, han venido a avivar la polémica nunca del todo zanjada en torno al concepto de bien jurídico-penal y a su capacidad de rendimiento dogmático, al tiempo que han auspiciado un – en cierta o gran medida revolucionario – replanteamiento del concepto de injusto penal, en tanto que éste no se sustanciaría por referencia a la lesión de bienes jurídicos, sino por el daño a la vigencia de la norma⁴⁵³. Este es un debate que afecta a instituciones esenciales del Derecho Penal al versar, en definitiva, sobre qué es lo que merece y necesita ser castigado a través de él. Como se ha ido apuntando en apartados precedentes, y como se acabará de perfilar en los que siguen, mi posicionamiento personal es que sólo el daño (real o potencial) a bienes jurídicos, entendidos éstos como las condiciones necesarias de la participación de los ciudadanos en la vida social, dispone de la fuerza expresiva necesaria como para fundamentar el ilícito penal desde un punto de vista material⁴⁵⁴. Por el contrario, el daño a la vigencia de la norma, si se despoja de todo complemento axiológico adicional, no encierra un contenido de valor suficientemente legitimante de la intervención penal, al no manifestar por sí mismo el nivel de lesividad del hecho a partir del cual la imposición de una pena puede compadecerse con los principios rectores de un Estado social y democrático de Derecho⁴⁵⁵. Por lo demás, no debe extrañar que los intentos de prescindir de la noción de bien jurídico, y correlativamente de fundamentar el injusto en el daño a la vigencia de la norma infringida, estén en el origen, o sean el sustrato epistémico, de las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto, cuya

⁴⁵¹ Vid. ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, pp. 13 y ss.

⁴⁵² Vid. JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2006, pp. 24 y ss.

⁴⁵³ En opinión de GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 33, los delitos de peligro abstracto suponen una amenaza para los principios de lesividad y de protección subsidiaria de bienes jurídicos, y por consiguiente para otras garantías dependientes de ellos, como las derivadas de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

⁴⁵⁴ Vid. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal...*, pp. 101 y ss.

⁴⁵⁵ Como opina TERRADILLOS BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal...”, p. 15, en la concepción sistémica de JAKOBS se olvida *de facto* el concepto de bien jurídico, puesto que, si todo el sistema social es objeto de protección por el Derecho Penal, lo relevante es la oposición al funcionamiento de la sociedad entera: “el castigo del culpable disfuncional sirve para demostrar la validez de la norma como modelo de referencia para la interacción social: los miembros de la sociedad consolidarán su confianza en la norma, lo que, a su vez, reforzaría su determinación a comportarse conforme a Derecho. Se trata de una trasposición del plano de interés, que pasa del bien jurídico a la integración de la sociedad”.

singularidad estriba justamente en que la afirmación del carácter injusto del hecho se suele efectuar por la simple vulneración de la regla de conducta prescrita, al margen de la lesividad de la misma para bienes jurídicos⁴⁵⁶.

Como expone HAAS, el concepto de bien jurídico fue predominante durante el S. XIX bajo la influencia de VON LISZT y BINDING, y sirvió desde sus inicios para oponerse a la teoría de la lesión de un derecho de FEUERBACH, la cual derivaba de la teoría filosófica del contrato social y entendía el delito como lesión de un derecho subjetivo, es decir, como un ataque a la libertad individual, lo que obstaculizaba la posibilidad de proteger penalmente intereses de alcance colectivo. Por su parte, el concepto de interés jurídicamente protegido, utilizado en el Derecho Penal alemán por primera vez por VON LISZT, es tributario de la teoría jurídica de JEHRING, quien lo utiliza para sustituir la definición del derecho subjetivo como dominio de la voluntad⁴⁵⁷. En el trasfondo de este distanciamiento de JEHRING respecto la teoría de la lesión del derecho subjetivo, subyace la visión de que la sustancia del Derecho no es la voluntad auto-dominable del individuo, sino la utilidad social⁴⁵⁸. Por lo tanto, en JEHRING la redefinición del derecho subjetivo no se reduce a una mera divergencia en la formulación de FEUERBACH, sino que más bien es consecuencia de una discrepancia fundamental, la cual estriba en su rechazo a la teoría del contrato social del S. XVIII e inicios del XIX. JEHRING critica que en este modelo social la moral se identifique con lo socialmente útil, lo que convertiría el concreto individuo en un mero destinatario de posiciones jurídicas, es decir, en simple destinatario de la voluntad del Estado. Objeta, en definitiva, que el sujeto al que sirvan los enunciados jurídicos sea la propia sociedad, de modo que sólo como parte de ésta pueda aparecer jurídicamente el ciudadano.

También en contra de la visión criticada por JEHRING, para VON LISZT los bienes jurídicos son intereses de la vida (*Lebensinteressen*) identificables desde una perspectiva sociológica y que preexisten al Ordenamiento jurídico. En consecuencia, no sería el Ordenamiento jurídico el que generaría el interés, sino la vida. Ahora bien, sería a través de la protección jurídica dispensada por las normas estatales que los intereses de la vida se elevarían a la condición de

⁴⁵⁶ Bajo la perspectiva de la vigencia de la norma, el Derecho Penal se orientaría a la conservación de la estructura social. Según ello, el contenido de las normas penales estaría justificado en tanto que preservase el *statu quo*: “según esto, para que la norma pudiese ser considerada políticamente justificable, debería quedar garantizado que dicho contenido directivo no iba a tener (en el caso de que la norma resultara eficaz) un efecto transformador sobre la estructura del poder social que modificase – de algún modo relevante – el reparto del mismo. Es decir, la tesis rezaría que la categoría de acciones de gobernanza consistentes en la prohibición y sanción jurídica de acciones (o, cuando menos, su sanción jurídico-penal) sólo debe ser empleada para proteger una estructura social dada, pero nunca para transformarla”. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales...*, p. 78.

⁴⁵⁸ Según expone GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 30, desde que, entre 1834 y 1836, BIRNBAUM sostuvo la idea de que el Derecho Penal tiene que proteger “bienes”, ha cristalizado el principio fundamental de que éste únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y como *ultima ratio*.

bienes jurídicos. Según ello las normas jurídicas delimitarían, para la pacificación de la sociedad, las concretas esferas de poder de los ciudadanos. Con ello la voluntad general, situada por encima del individuo, se configuraría a través del Ordenamiento jurídico, el cual separaría los intereses legítimos de los ilegítimos, es decir, delimitaría los ámbitos de poder entre sí mediante la determinación de en qué medida puede la voluntad activarse libremente, en qué medida puede propagarse a la esfera de voluntad de otros sujetos jurídicos. De este modo, elevando las relaciones de la vida a relaciones jurídicas, el Ordenamiento jurídico garantizaría la libertad, el querer-poder (*Wollen-Dürfen*), al tiempo que prohibiría la arbitrariedad. Por consiguiente, los intereses de la vida se elevarían a bienes jurídicos mediante la vinculación de derechos y deberes a determinados requisitos, esto es, creando de las condiciones de vida las condiciones jurídicas. La protección jurídica de los intereses de la vida que proporciona el Ordenamiento consistiría entonces en la protección de la norma. Así pues, con VON LISZT el concepto de bien jurídico se separa del concepto de derecho subjetivo y se transforma en Derecho Penal, puesto que las condiciones jurídicas de las que habla no existen con independencia de las instancias estatales, sino que se constituyen sólo a partir del poder estatal, por lo que en esta medida puede considerarse que el autor alemán sigue vinculado al espíritu del positivismo estatista⁴⁵⁹.

A juicio de HAAS, la famosa discusión entre VON LISZT y BINDING acerca del concepto de bien jurídico no debería llevar a desconocer cuánto se parecen en lo fundamental ambas concepciones. Mientras VON LISZT erige su sistema sobre un concepto de interés pre-jurídicamente sociológico, BINDING sostiene una posición más bien formal-positivista, al identificar interés con juicio de valor del legislador. No obstante, más allá de si el origen del bien jurídico es o no pre-jurídico, HAAS no aprecia divergencias significativas entre ambas visiones. De forma también parecida a JEHRING, BINDING criticó la sobrevaloración de la voluntad del individuo por parte del enfoque individualista del Derecho natural, lo que le llevó a pronunciarse en contra de la tajante distinción entre bienes jurídicos del individuo y bienes jurídicos de la sociedad, de modo que según él los bienes individuales sólo deben gozar de protección jurídica como bienes jurídicos sociales. Y, al igual que VON LISZT, estima que es a través de las normas de comportamiento jurídico-públicas que los bienes jurídicos experimentan su protección jurídica. Igualmente, en tanto que creador de las normas de comportamiento, sería el Estado también su beneficiario: es frente a él que deben cumplirse, de modo que en esa medida el Estado posee una pretensión de obediencia. En esta línea, como resalta HAAS, BINDING no vincula los derechos subjetivos de los sujetos privados de Derecho con las normas de comportamiento, y de hecho niega toda trascendencia a los derechos subjetivos para la determinación del alcance de la protección de la norma: según él, la agresión criminal no afecta al derecho subjetivo como derecho, sino solo a sus presupuestos fácticos como bien jurídico. La posición de BINDING culmina, como observa el citado autor, con la

⁴⁵⁹ En palabras de VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Tomo segundo...*, p. 2, “el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”.

afirmación de los bienes jurídicos no son derechos subjetivos. No otorga por lo tanto relevancia alguna a los derechos subjetivos para la fundamentación de la responsabilidad penal, por lo que la génesis del Derecho Penal se llevaría a cabo sólo a partir del poder estatal.

Estas tendencias estatistas-positivistas se llevan a su máxima expresión con la teoría de los imperativos, aparecida en la segunda mitad del S. XIX. En el marco de la teoría de las normas, se interpreta el Derecho exclusivamente como un complejo de imperativos dirigido a la voluntad de los sometidos a las normas. A diferencia de la doctrina de BINDING, en la teoría de los imperativos los derechos subjetivos del individuo se entienden como el reverso de las órdenes de comportamiento promulgadas por parte del Estado. Según HASS, esta versión de la teoría de las normas se corresponde con un enfoque de la sociedad en el que se asignan al individuo los bienes sólo en beneficio de la generalidad. A las normas de determinación jurídico-penales se les concede a su vez una función de distribución, es decir, se les encarga la tarea de delimitar entre sí las esferas de libertad de los destinatarios de la norma⁴⁶⁰. Sentado lo anterior, queda claro que, si bien el concepto de bien jurídico encuentra su origen en las tesis de VON LISZT y BINDING, estos autores no le atribuyeron el potencial crítico y limitador de la tipicidad asumido actualmente por la doctrina liberal todavía dominante⁴⁶¹. En VON LISZT los bienes jurídicos son aquellos valores presentes en la sociedad con una existencia prejurídica, mientras que en BINDING son los intereses extraídos de la materia legislada, si bien ninguno de los dos autores considera que su contenido está axiológicamente predeterminado por las exigencias propias de un modelo político-constitucional democrático ínsito en un marco teórico liberal, las cuales sirven para limitar la actividad del legislador al impedir que éste oriente su política criminal en contra del fomento o salvaguarda de la realización de la personalidad de los individuos en sociedad⁴⁶².

Por lo demás, en el origen del moderno concepto de bien jurídico surgido en el S. XIX debe destacarse la menos conocida contribución de BIRNBAUM. En realidad fue este autor el primero en contraponer a la doctrina desarrollada por Feuerbach acerca de la lesión de un derecho subjetivo, dominante hasta ese momento, la tesis de la lesión de un bien. Con la concepción de BIRNBAUM se ampliaba el ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y las cosas. Esta ampliación no podía materializarse partiendo de una limitación de la intervención penal a los derechos subjetivos, mientras que resultaba factible con la introducción de “bienes comunes”. Ello sin embargo no condujo todavía a una “desindividualización” del concepto de bien jurídico, pues en BIRNBAUM se mantiene una caracterización del delito como afectación de bienes esencialmente personales⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Vid. HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 11 y ss.

⁴⁶¹ Ello no obstante, como destaca ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima...*, p. 12, aunque las fundamentaciones iniciales del concepto de bien jurídico-penal fueron diversas, lo cierto es que todas ellas tenían el rasgo común de concebir el delito como quebrantamiento del consenso social básico (sea éste en forma de ley natural o de contrato social).

⁴⁶² Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Hacia el nuevo Derecho penal...*, pp. 39 y ss.

⁴⁶³ Vid. ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima...*, pp. 18 y ss.

Se ha dicho que el arsenal penal debe dirigirse a la protección de intereses que merezcan y necesiten esta particular forma de tutela⁴⁶⁴. Se trata por lo tanto de valorar ahora si es posible hallar criterios materiales válidos y útiles para delimitar las características que debe reunir un interés para merecer y necesitar protección penal. No es esta una cuestión que pueda ser resuelta en un plano ontológico, y en esta medida no hay ningún criterio positivo de identificación de los bienes jurídicos que permita legitimarlos de modo apriorístico. No existe en consecuencia un concepto político-criminal y dogmático de bien jurídico previo a su elaboración con arreglo a criterios axiológicos. Esto pone de manifiesto, por de pronto, la ausencia de una pauta absolutamente firme y objetiva con la que identificar qué valores pueden adquirir la condición de bien jurídico-penal, y por ende conformar el sistema de intervención penal. Efectuada esta precisión, lo cierto es que el concepto de bien jurídico – y específicamente jurídico-penal – se encuentra fuertemente condicionado por las opciones valorativas que preceden y definen el marco político-constitucional vigente. Así las cosas, el proceso de identificación de los intereses susceptibles de tutela penal responde a una ponderación de intereses contrapuestos, para el cual no hay criterios positivos. En la decantación hacia la tutela penal de un interés, en detrimento de la libertad de acción, sólo operan determinadas pautas negativas suministradas por los principios limitadores y las garantías del marco constitucional. La decisión acerca de si proteger o no penalmente un interés es esencialmente valorativa, y por lo tanto se encuentra mediatizada por convicciones variables no susceptibles de ser objetivadas⁴⁶⁵.

Conforme a ello, el concepto de bien jurídico-penal no resuelve por sí mismo la cuestión de qué intereses merecen y necesitan motivar el establecimiento de una prohibición penal, ni mucho menos el alcance de la eventual tutela que se les dispense, es decir, qué menoscabos de los mismos han de ser conminados con una pena⁴⁶⁶. Sin

⁴⁶⁴ Según se ha indicado en apartados anteriores, el concepto de bien jurídico proporciona un concepto material de delito. Cfr. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 55 y ss.

⁴⁶⁵ Como señala TERRADILLOS BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal...”, pp. 21 y ss., la metodología funcionalista tiende a servir a todo sistema social como consecuencia de su neutralidad valorativa, por lo que para ser realmente fructífera debe complementarse con los valores dimanantes del orden constitucional.

⁴⁶⁶ Aunque la idea de bien jurídico-penal se restrinja a las condiciones de existencia y desarrollo del individuo en la comunidad, o a las especiales condiciones de libertad externa de los demás, no debe pasar inadvertido que cada grupo humano conoce y necesita normas de conducta acuñadas culturalmente y, en esta medida, no existen bienes jurídico-penales suficientemente sólidos como para ser inmutables. Vid. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 56 y ss.

embargo, esta dimensión subjetiva del bien jurídico no impide que se intente materializar su concepto, sino que por el contrario puede contribuir desde una perspectiva sociológica o funcionalista a aprehender su proyección social, para limitar con ello la punición a aquellas conductas que muestren un determinado grado de lesividad social, y en este sentido actuar como instancia crítica a partir de la cual descriminalizar aquellos actos que no manifiesten una inequívoca o suficientemente intensa trascendencia social⁴⁶⁷. Esta vertiente del bien jurídico-penal justifica la necesidad de proceder a una delimitación del mismo de conformidad con los derechos fundamentales de rango constitucional. Desde esta perspectiva el marco constitucional puede suministrar una guía sobre la conveniencia o no de tutelar penalmente un interés, si bien debe reconocerse que la eficacia que puede tener en este campo es limitada, al no ser un instrumento idóneo para concretar la naturaleza y el alcance de dicha protección. A mi juicio, la sumisión de los bienes jurídico-penales a control constitucional no implica limitarlos a los intereses individuales, ni defender la preeminencia de éstos sobre los supraindividuales, sino que simplemente impone la exigencia de orientarlos – de forma clara, aunque no necesariamente directa o expresa – a las posibilidades de participación social de las personas. Sólo de esta manera el concepto de bien jurídico-penal puede contribuir a racionalizar el sistema penal, en el sentido de indicar en qué consiste el daño derivado de la conducta, así como la mayor o menor cercanía de ésta respecto de la lesión del valor tutelado. De esta manera puede mostrar, en definitiva, el significado social negativo vinculado al quebrantamiento de la norma⁴⁶⁸.

En un Estado democrático el origen de todos los bienes jurídicos es social, en la medida que en dicho modelo político-jurídico la determinación de los estados o situaciones a proteger por el Derecho no depende exclusivamente de una decisión del legislador. Al limitarse éste a crear formalmente la norma penal, es el conjunto de la sociedad la que comunica sus decisiones a las instancias políticas encargadas de ejecutarlas, y por lo tanto la que selecciona los bienes jurídicos⁴⁶⁹. Los valores a tutelar

⁴⁶⁷ Según advierte GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 35, la capacidad abstracto-general de afectar a la seguridad de los bienes jurídico-penales individuales puede ser afirmada de cualquier conducta, por muy inocua que sea en el caso concreto.

⁴⁶⁸ Como expone PAWLIK, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?...”, p. 9, la teoría del bien jurídico sólo puede operar como límite a la incriminación de comportamientos si describe la dañosidad social y el merecimiento de pena como una perturbación de las relaciones entre las personas en Derecho, y no únicamente como una lesión de objetos externos a los que una sociedad adjudica valor.

⁴⁶⁹ Como afirma JESCHECK, *Tratado...*, p. 275, el bien jurídico es reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos: “su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la

jurídicamente se eligen pues a través de las valoraciones que de manera dominante prevalecen en la comunidad en cada momento histórico, aunque este proceso está limitado por criterios materiales en virtud de los cuales no puede asignarse la categoría de bien jurídico a cualquier interés social. Todo ello pone de manifiesto la naturaleza esencialmente política de la antinomia entre espacios de libertad y ejercicio de poder, y por lo tanto de los sistemas de control social, realidad ésta que no puede orillarse a través de una consideración predominantemente técnica o formalista de la dogmática penal⁴⁷⁰.

Conforme a lo anterior, el bien jurídico es el producto histórico de un concreto sistema de relaciones sociales que tiene lugar en un período determinado. Se desprende de ello que los bienes jurídicos no tienen carácter estático, y que por tanto están siempre sometidos a procesos de revisión crítica. Ciertamente, sólo si se conciben como el fruto de un ejercicio democrático pueden expresar las condiciones socio-políticas de una sociedad específica, en concreto el resultado de los procesos de discusión y participación que tienen lugar en su interior. De este modo en los bienes jurídicos se manifiestan las relaciones sociales concretas que, según se ha estimado, merecen protección normativa⁴⁷¹. Por ello su identificación debe ser la síntesis de un proceso dialéctico entre intereses contrapuestos. Según esto, el tipo penal (el delito) contiene la negación de la relación social amparada por la norma penal a través del bien jurídico. La relación entre el delito y el bien jurídico es entonces una relación dialéctica de afirmación y negación de una misma relación social específica. El bien jurídico afirma la relación social al protegerla prohibiendo su afectación, mientras que el tipo expresa una concreta forma de negación de la misma. Por otro lado, la negación del bien jurídico a través de la realización del tipo va más allá del conflicto entre el autor y la víctima, y por lo tanto del daño que ésta sufre, lo que realza la dimensión social de sus

ratio legis sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal. Según ello, el bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad”.

⁴⁷⁰ Sobre como el respeto a la libertad del individuo, en el marco de una sociedad pluralista y democrática, impide la formalización o “juridificación” de concepciones ético-sociales, NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito...*, pp. 72 y ss.

⁴⁷¹ Partiendo de que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como objetos materiales, sino como la relación de las personas con éstos, afirma JESCHECK, *Tratado...*, p. 277, que “los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad”.

efectos negativos, su dañiosidad social. En otras palabras, las normas penales sólo pueden prohibir ataques contra intereses trascendentes en la esfera social, al basarse las funciones del Derecho Penal en la protección social. Por lo tanto, sólo interesan al sistema penal los ataques contra intereses que expresen un determinado grado de ofensividad social, al ser esta característica la que convierte la conducta en comunicativamente relevante para el Derecho Penal. La relación entre la vertiente social e individual de los bienes jurídico-penales puede sintetizarse a través de la consideración de que todos ellos constituyen presupuestos esenciales que la persona precisa para el desarrollo de su personalidad en la colectividad. La conexión del bien jurídico-penal con la realidad social en la que se inscribe debe partir del individuo, al ser éste el que existe y se desarrolla en la comunidad, y el que por lo tanto está interesado en la protección de determinadas relaciones sociales. Consecuentemente, reconocer la dimensión social del bien jurídico-penal es totalmente compatible con incluir en él una referencia central al individuo.

Me parece particularmente relevante abogar por la eliminación de aquellos tipos penales con un bien jurídico tan sólo aparente, lo que sucede de un modo especialmente sangrante en materia de bienes jurídicos supraindividuales. Es lo que sucede, por ejemplo, con aquellos intereses colectivos que no pueden ser reconducidos a un referente individual, o con aquellos que no expresan más que la mera aglomeración de bienes jurídicos individuales en uno de colectivo⁴⁷². Ahora bien, esto no debe confundirse con la afirmación de que todos los bienes jurídicos supraindividuales son aparentes, en el sentido de que no ser más que la suma de los intereses individuales que los componen.

En este contexto, el modelo clásico de protección de bienes jurídicos, por medio de la prevención general negativa, se refiere a la prohibición penalmente sancionable de lesionar bienes jurídicos, por lo que una anticipación de las normas penales en el ámbito de los delitos de peligro necesita de una legitimación especial. Si en los delitos de peligro abstracto se quiere ver la realización de una conducta imprudente no seguida de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, dado que en el ámbito de las conductas negligentes es el mismo ciudadano quien tiene que deducir la concreta norma de comportamiento, lo que no siempre está al alcance de todos por razones intelectuales o emocionales, una de las justificaciones político-criminales de estas tipologías delictivas residiría en la necesidad de concretar legislativamente los márgenes de riesgo permitido en aquellos casos en los que el sujeto no actúa dolosamente en relación con la lesión del interés penalmente tutelado. Según señala SCHÜNEMANN, “el delito de resultado imprudente es verdaderamente inadecuado desde

⁴⁷² Vid. SCHÜNEMANN, “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática...”, pp. 73 y ss.

el punto de vista de la teoría del aprendizaje porque el comportamiento descuidado sólo conduce a la producción de un accidente en la menor parte de los casos, de modo que la propia realidad de la vida recompensa frecuentemente un comportamiento imprudente y, con ello, lo refuerza más que lo disuade⁴⁷³. Según ello, a juicio del autor la anticipación de la prohibición penal hasta el ámbito de la puesta en peligro de un bien jurídico puede provocar una mejora práctica de la protección de bienes jurídicos allí donde sea posible definir las conductas provocadoras de resultados, en cuya realización nadie puede tener un interés fundado.

Con todo, los delitos de peligro abstracto encierran indudablemente múltiples problemas para un Estado de Derecho, entre ellos el relativo a la posibilidad de que el comportamiento penalmente prohibido mediante una pena, pese a estar dotado normalmente de un alto potencial de peligrosidad, sea eventualmente inocuo en casos no estándares, de modo especial cuando el autor ha tomado las medidas específicas para impedir un peligro concreto para el bien jurídico. En tales casos se hace indispensable una reducción teleológica del tipo, posibilidad que cuanto menos no ha sido del todo rechazada por la jurisprudencia, a pesar de que tampoco ha sido positivamente aceptada de forma significativa. Asimismo, ni en los argumentos hasta ahora sugeridos, ni en el desarrollo de los mismos que sigue, puede verse una propuesta de liberación total del legislador para la creación de delitos de peligro abstracto según criterios de oportunidad política, en la medida que estas formas delictivas deben aparecer como legítimas desde la perspectiva de la protección individual de bienes jurídicos. Así las cosas, la restricción de la libertad general de actuación que se produce de modo especialmente intenso a través de los delitos de peligro abstracto, debe ponderarse muy cuidadosamente frente al correspondiente derecho fundamental del ciudadano, lo que obliga a llevar a cabo fuertes restricciones de la intervención penal en este ámbito.

Al hilo de lo anterior, creo francamente desaconsejable abandonar definitivamente los intentos de contención del Derecho Penal; en esta línea, la teoría del bien jurídico es el más eficaz mecanismo para evitar ver en éste la “única” o “prima ratio”. Es por ello que los criterios de eficiencia (de racionalidad instrumental) deben combinarse adecuadamente con criterios de justicia (de racionalidad axiológica o valorativa). Dentro de los segundos, el principio de proporcionalidad, articulado desde la óptica de la lesividad para bienes jurídicos, puede proporcionar importantes instrumentos argumentativos⁴⁷⁴. El de proporcionalidad es un criterio vinculado directamente a la Constitución y, como señala HASSEMER, en este orden de ideas el recurso al aparato constitucional es un medio idóneo “para activar la tradición

⁴⁷³ *Ibidem*. p. 74.

⁴⁷⁴ Sobre la capacidad del principio de proporcionalidad para limitar la intervención penal, posibilidad frente a la que se muestra parcialmente escéptico, HASSEMER, “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 198 y ss.

jurídico-penal de garantías y límites a las intervenciones que se han establecido en los derechos fundamentales y equivalentes⁴⁷⁵.

Una nítida conceptualización del bien jurídico resulta especialmente insoslayable en el modelo epistemológico por el que se ha optado, en el cual despliega trascendentes funciones dogmáticas, entre las que destaca la de servir como pauta de interpretación del tipo. De esta manera la determinación del bien jurídico protegido por un concreto tipo penal permite excluir de su ámbito de aplicación las conductas no aflictivas – que no lesionen ni pongan en peligro – del objeto tutelado. En una metodología teleológica el bien jurídico es, en efecto, la referencia central del tipo a partir de la que establecer sus presupuestos objetivos y subjetivos⁴⁷⁶.

De la puesta en relación del bien jurídico con la normativa constitucional surge la exigencia de lesividad de la conducta penalmente típica para el interés protegido por el correspondiente delito. El tipo penal debe entonces proteger un verdadero bien jurídico cuya correspondencia con los valores sociales dominantes tiene que haber sido además suficientemente contrastada. Por otro lado, este objeto de protección ha de poder ser atacado en general, y en el caso concreto a través del comportamiento del autor. Sin embargo, la Constitución no proporciona un listado de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, al ser un marco demasiado amplio y flexible como para indicar directamente qué relaciones sociales deben ampararse penalmente⁴⁷⁷. Ahora bien, no pueden adquirir la categoría de bien jurídico-penal realidades sociales que, expresa o tácitamente, no estén consagradas a nivel constitucional. Correlativamente, no todas las

⁴⁷⁵ *Ibidem*. p. 199.

⁴⁷⁶ En palabras de GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, pp. 35 y 36, si en los delitos de peligro abstracto el injusto penal se conforma por la simple y vaga referencia al concepto de “seguridad” o “interés general”, tales modalidades delictivas carecen de límites, y por lo tanto pueden entrar en conflicto con el principio de legalidad, en la medida que se reducen considerablemente las exigencias de la punibilidad: “al carecer de referencia lesiva determinada, lo que en realidad se pena es la desviación de las reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales, la simple infracción del deber, y, en definitiva, la simple desobediencia a la norma. La inflación de conductas punibles a que dan lugar los delitos de peligro abstracto, pone claramente de manifiesto que el moderno Derecho penal del riesgo se ha convertido en *primera* – y tal vez en *única* – *ratio* en la defensa del orden social, y por esto sería contrario a las garantías de protección subsidiaria de bienes jurídicos y de *ultima ratio*”.

⁴⁷⁷ Desde esta perspectiva, la Constitución ofrece los criterios básicos para determinar qué bienes o derechos – individuales o colectivos – no pueden ser restringidos por el poder estatal o, en caso de que puedan serlo, hasta o con qué límites. De esta manera se asegura el dinamismo del sistema, toda vez que pueden nacer nuevos bienes no expresamente señalados por la Constitución, pero sí deducibles de los valores, derechos e intereses constitucionales. Refiriéndose a todo ello, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 179.

realidades que la Constitución reconoce tienen por qué estar protegidas penalmente. En este orden de ideas, lo determinante es que una interpretación sistemática de la normativa constitucional permite deducir que el Derecho Penal está orientado a la protección de bienes jurídicos, y por lo tanto que sólo puede intervenir ante la afectación de éstos. Expresado en otros términos, de una valoración conjunta de las disposiciones constitucionales se infiere la necesidad de articular el contenido material del injusto alrededor del principio de lesividad.

Sentado lo anterior, los bienes jurídico-penales son aquellos intereses que han logrado un reconocimiento normativo en el ámbito penal a través de ejercicios democráticos y con los límites que en aras a su identificación impone el marco constitucional. Lo específico de los bienes jurídico-penales supraindividuales es entonces que las perturbaciones contra ellos dirigidas afectan siempre a una comunidad de individuos, por cuanto su titularidad es compartida por una generalidad de personas, ya sea por el conjunto de ciudadanos o por un colectivo determinado dentro de éstos. Por lo tanto, el ataque contra esas situaciones o estados afecta al desarrollo del conjunto de la comunidad en la que se insertan. Al carecer los bienes jurídicos supraindividuales de un único titular, todos los ciudadanos – o cualquiera que pertenezca al colectivo que ostenta su titularidad – pueden ser sujetos pasivos de las conductas que los perturban. Al hilo de esta cuestión, CORCOY BIDASOLO distingue dentro de los bienes jurídicos supraindividuales entre aquellos que corresponden a todos los ciudadanos, por vincularse a sectores de actividad en los que cualquier ciudadano puede o tiene que intervenir (el correcto funcionamiento de la administración de justicia, la seguridad vial, el medio ambiente, etc.), de aquellos que corresponden a determinados ciudadanos necesitados de especial protección al ser especialmente vulnerables por intervenir en sectores de actividad particularmente sensibles (la seguridad en el trabajo, el funcionamiento del mercado, etc.). Los primeros serían intereses supraindividuales generales, mientras que los segundos serían intereses supraindividuales particulares o sectoriales⁴⁷⁸.

Las anteriores categorizaciones permiten avanzar cuál va ser la forma de relacionar los bienes jurídico-penales supraindividuales con los individuales que se va a proponer. Se

⁴⁷⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 208 y ss.

ha dicho que el conflicto entre el autor y la víctima (real o potencial) que dimana de la realización del tipo tiene una dimensión pública o social. Por lo tanto, también con los ataques contra bienes jurídico-penales concernientes con carácter exclusivo a intereses individuales se perturba un interés público, en la medida que se menoscaba la tranquilidad y seguridad de los demás miembros de la sociedad. En la misma línea, al Derecho Penal no le interesa la protección del funcionamiento de un sector de actividad considerado en sí mismo o de manera aislada⁴⁷⁹, sino por ser una condición relevante entre las que posibilitan la presencia y el desarrollo del individuo en sociedad. De esta manera los bienes jurídicos supraindividuales también están atentos a las necesidades de las personas⁴⁸⁰.

Esta conjugación de valores sociales y personales en los bienes jurídico-penales permite afirmar en cierta medida que en todos ellos se combinan aspectos individuales y supraindividuales. Ello supone relativizar en cierta medida la clasificación tradicional entre bienes jurídico-penales individuales y supraindividuales, en tanto que todos los delitos que los protegen serían en este sentido pluriofensivos. Afirmar la complementariedad entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales no implica negar un cierto margen de autonomía a estos últimos. Por lo tanto, éstos disponen de sustantividad propia pese a que detrás de ellos se hallen intereses individuales (de la misma manera que detrás de los intereses individuales puede identificarse un interés público y, por tanto, un interés supraindividual). Los bienes jurídico-penales supraindividuales disponen de un contenido propio porque lo cierto es que sus referencias axiológicas no pueden ser proporcionadas exclusivamente por la suma de intereses individuales.

Puede concluirse entonces que todos los bienes jurídico-penales han de estar orientados a la protección del individuo al ser éste el destinatario final de la tutela penal. En relación con este particular, es importante reiterar la diferencia existente entre la caracterización de un bien jurídico concreto (objeto de protección) y las formas

⁴⁷⁹ Sobre como desde postulados funcionalistas basados en la ideología de la prevención positiva se intenta utilizar el Derecho Penal, en un sistema de raíces luhmannianas, como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de conductas y de institucionalización de expectativas, TERRADILLOS BASOCO, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal...", pp. 15 y ss.

⁴⁸⁰ Como remarca ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 180 y ss., el nacimiento de nuevos bienes jurídicos está relacionado con el surgimiento de nuevas necesidades individuales o colectivas imposibles de satisfacer desde los bienes jurídicos tradicionales.

concretas establecidas por el legislador para protegerlo (modalidades de ataque). Una cosa es la identificación del bien jurídico y otra la identificación del tipo de delito: los bienes jurídico-penales supraindividuales se definen a través de su relación con los bienes jurídicos individuales, y en este sentido los delitos de peligro abstracto se definen al mismo tiempo como tipos de lesión de un bien jurídico supraindividual y tipos de puesta en peligro de un bien jurídico individual. Es por lo tanto la descripción que el legislador efectúa del comportamiento típico el elemento que relaciona y conecta ambos bienes jurídicos.

De la circunstancia de que el conflicto penal expresado por todos los tipos de delito tenga carácter público, al afectar a la convivencia social, se derivan varias consecuencias que de hecho ya han sido sugeridas⁴⁸¹. La primera, que también en los intereses individuales se hallan presentes valores sociales. La segunda, que los valores supraindividuales carecen de interés penal si aparecen desligados de todo referente individual, en cuyo caso sería preferible acudir a legislaciones extrapenales para protegerlos. Es por ello que en la concreta tutela de bienes jurídicos supraindividuales el legislador debe integrar en el tipo penal bienes jurídicos individuales, a los efectos de proceder a una conjunta y simultánea protección de ambos a través de la configuración de delitos pluriofensivos o complejos. Como se ha dicho, el hecho de que el legislador englobe en un mismo tipo penal intereses individuales y supraindividuales no priva de un cierto margen de autonomía a estos últimos. Por otro lado, al tener dicha vinculación entre ambas clases de bienes carácter legal, la misma sólo existe cuando el legislador la prevé a través de la técnica de tutela escogida⁴⁸².

Desde esta perspectiva el injusto de los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales consiste en el menoscabo efectivo (lesión) de los presupuestos que sirven a la seguridad del bien jurídico individual. Son

⁴⁸¹ Lo dicho hasta aquí puede inscribirse sin dificultades en un paradigma liberal en el cual el fundamento del Estado sea proteger las libertades básicas de los ciudadanos. Según la metáfora del contrato social, que es el criterio de legitimación básico del liberalismo, los individuos habrían cedido un margen de su originaria libertad en aras a establecer un marco de cooperación en el que pudieran desarrollarse pacíficamente sus intereses. Dicho marco de cooperación puede precisar, desde luego, el recurso de la tutela penal de intereses supraindividuales, por cuanto éstos pueden aparecer como condiciones esenciales del desarrollo de la libertad individual en sociedad. Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, pp. 77 y ss.

⁴⁸² Desde esta perspectiva, el elemento común a todo bien jurídico-penal sería su dimensión “personalista”, en el sentido de que todos ellos se vincularían a intereses de la persona, aunque su titularidad no perteneciera a personas concretas. *Ibidem*. pp. 82 y ss.

consecuentemente delitos de lesión desde la óptica del bien jurídico supraindividual, y delitos de peligro desde la óptica del bien jurídico individual subyacente a él. En este sentido, con la lesión del conjunto de condiciones que garantizaban la seguridad del interés individual se produce la puesta en peligro de éste. Así las cosas, en los delitos de peligro abstracto, sólo tras la lesión de las condiciones generales de seguridad del interés individual, éste puede ser puesto en peligro. En consecuencia, lo que diferencia los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales del resto de delitos no es tanto el objeto de protección, sino su estructura típica.

Desde una perspectiva socio-política, sin ser los bienes jurídico-penales de naturaleza supraindividual una realidad nueva, el origen de su mayor proceso de difusión puede vincularse a los fundamentos sociales del Estado constitucional, los cuales amplían la legitimidad del Estado para intervenir en esferas no estrictamente individuales; y, en paralelo, a la expansión del *ius puniendi* como mecanismo para hacer frente a las diversas situaciones de inseguridad que, como consecuencia de la consolidación de la “sociedad del riesgo”, fueron apareciendo desde finales de los años sesenta en las sociedades occidentales beneficiadas, por un lado, por las altas cuotas de desarrollo económico, científico y tecnológico y, por otro, por el Estado Providencia. Ciertamente los parámetros del bienestar iniciado en los años cincuenta, facilitados entre otros factores por la producción en masa, provocaron a su vez externalidades negativas relacionadas con la afectación del medio ambiente, la salud o incluso la vida de las personas. En este contexto, como expone CARPIO BRIZ, “la justificación de esta expansión del *ius puniendi* se trató de buscar entonces en el fundamento político del Estado social que las constituciones europeas más desarrolladas habían introducido”⁴⁸³.

Procede resaltar por último que es habitual aludir a la eventual eficacia o utilidad de la pena para justificar el recurso a ella. Ciertamente, el módulo relativo a la eficacia de la intervención penal es uno de los parámetros de valoración de su legitimidad. Sin embargo, éste no debe ni puede ser tomado en consideración de modo aislado, sino que ha de ponderarse junto con otros factores pertenecientes a otros órdenes valorativos. La perspectiva utilitarista, si bien es necesaria, no es suficiente para legitimar la intervención penal. Si ésta se orienta a la satisfacción de preferencias, éstas no tienen por qué consistir únicamente en la consecución de las más altas cuotas de eficacia, sino

⁴⁸³ Vid. CARPIO BRIZ, *Non bis in idem...*, p. 90.

que también pueden consistir en la satisfacción de un determinado ideal de Justicia, en respetar los derechos fundamentales de las personas, etc⁴⁸⁴.

3. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses sin ninguna referencia en algún valor individual

Dentro de esta concepción la premisa es que los bienes jurídico-penales están conformados por aquellos intereses identificados como prevalentes o preponderantes por la sociedad⁴⁸⁵. Y se estima, paralelamente, que la independencia de los bienes jurídico-penales supraindividuales respecto de cualquier referente individual es compatible con los principios, garantías y valoraciones que integran el Derecho Penal⁴⁸⁶. De esta manera a través de los bienes jurídico-penales supraindividuales se identificarían, protegerían y fomentarían determinados “marcos positivos” para el desarrollo de los diversos modelos de relaciones sociales queridos por el legislador⁴⁸⁷.

La legitimidad de los bienes jurídico-penales dependería entonces de su capacidad para expresar o reflejar una voluntad social mayoritaria manifestada por medio de procedimientos democráticos formales⁴⁸⁸. Obviamente, la voluntad del legislador penal estaría limitada por el respeto al texto constitucional de acuerdo con el principio de

⁴⁸⁴ Como expone REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta...”, p. 155, “toda norma de determinación arranca de un *sustrato cultural*, es decir, de anteriores actos cognoscitivos y axiológicos, de modo que su destinatario, en el ejercicio de su libertad, puede libremente elegir una alternativa determinada. La libertad de acción o de omisión es una condición esencial de toda norma de conducta. De ahí que ella anuncie lo que *debe-ser* (y no lo que *es*). La noción de deber-ser supone necesariamente la de valor y norma, y tiene como condición primera la libertad”.

⁴⁸⁵ Se considera que los delitos de peligro protectores de intereses supraindividuales no constituyen un mero adelantamiento de las barreras de intervención, sino que son independientes respecto de los bienes individuales. Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 44 y ss.

⁴⁸⁶ Al margen de los procesos de relativización o formalización del concepto de bien jurídico, desde finales del siglo pasado vienen asentándose determinadas corrientes que van más allá, al atreverse a desplazar abiertamente el foco de atención del injusto hacia la desobediencia a la norma. Como señala FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación...”, p. 5, “viene abriéndose paso desde las dos últimas décadas del siglo XX en adelante una concepción o enfatización del hecho punible distinta. Conforme a ella no se localizaría ya tanto en el epicentro de la definición y de la comprensión del hecho punible el ataque o el menoscabo a un bien jurídico, cuya protección es, conforme a una extendida opinión, el fin o la función del Derecho penal. Más bien, en el foco de la comprensión adecuada del delito se abre sitio ahora una relación distinta y un punto de referencia también distinto: la norma o el ordenamiento de normas que el comportamiento del autor contradice”.

⁴⁸⁷ En contra de esta postura, según señala ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, pp. 82 y ss., una excesiva espiritualización del bien jurídico-penal puede llevar a admitir bajo su esfera de legitimación cualquier valor o convicción moral que se considere necesario para mantener la cohesión social, por más alejado que esté del ámbito de libertad de la persona.

⁴⁸⁸ Como resalta REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta...”, p. 152, en un Estado democrático el contenido prescriptivo de la norma penal ha de emanar tan sólo de la autoridad legítima constituida democráticamente, y presupone siempre la existencia de un juicio axiológico.

jerarquía normativa. Sin embargo, de las normas con rango constitucional no se extraería la necesidad de que los bienes jurídico-penales supraindividuales estuvieran vinculados a ningún interés individual, de modo que bastaría con que éstos reflejaran valores considerados socialmente hegemónicos compatibles con el régimen político-jurídico vigente. Con ello se ampliarían las posibilidades del legislador para decantarse hacia posturas defensistas tendentes a la consecución de las más altas cuotas de seguridad y control de riesgos mediante la tutela de “contextos” sociales⁴⁸⁹. Se pretende con ello garantizar que en todo momento los bienes jurídico-penales expresen el grado de consenso social existente acerca de las necesidades de tutela penal⁴⁹⁰.

Los bienes jurídico-penales supraindividuales no serían entonces bienes intermedios o instrumentales de un referente individual, por lo que su protección estaría justificada por el valor que en sí mismos encierran, esto es, por su funcionalidad social o sistémica⁴⁹¹. Según ello, la independencia de los bienes jurídico-penales supraindividuales podría corroborarse a la luz de dos datos distintos. En primer lugar, por la sistemática del CP al dividirse la Parte Especial en dos grandes bloques en función de si los diferentes tipos de delito protegen valores individuales o supraindividuales. En segundo lugar, por las penas asignadas a los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, al ser éstas en no pocas ocasiones superiores a las previstas para la lesión de los intereses individuales que les servirían de referencia desde el punto de vista opuesto.

Sin embargo, tanto las posturas que defienden la independencia de los bienes jurídicos supraindividuales como las que entienden que éstos dependen de un valor individual, coinciden en señalar que los mismos pertenecen al conjunto de la sociedad al no poder individualizarse en ellos titulares concretos. Se conviene entonces que los bienes

⁴⁸⁹ Significa SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p. 134, que los actuales procesos de incriminación se orientan a la protección de “contextos” cada vez más genéricos respecto del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, en los que las aportaciones individuales contempladas autónomamente son de “baja intensidad”: “el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha ‘administrativizado’”.

⁴⁹⁰ A juicio de MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, pp. 70 y ss., el Derecho Penal ambiental constituye un ejemplo paradigmático de ello, puesto que el bien jurídico protegido en el art. 325 CP podría configurarse en un sentido ecocéntrico autónomo respecto de la salud de las personas.

⁴⁹¹ Esta concepción parte de los intentos de formular un concepto material de delito a partir, no del individuo, sino de la sociedad, es decir, de las condiciones mínimas de la convivencia humana y su aseguramiento por medio de normas penales, con la finalidad de averiguar y proteger los presupuestos sin los cuales no puede haber un orden social estable. Sobre esta postura, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 58 y ss.

jurídico-penales supraindividuales son indivisibles al no poder establecerse qué cuota sobre el total del valor protegido pertenece a cada individuo – por ejemplo, sería imposible determinar qué porción de un deseable estándar de pureza del aire corresponde a cada individuo—. La diferencia entre ambas concepciones estriba entonces en que en la primera se considera que con ellos se protege el interés general en sí mismo considerado, por lo que bastaría con que los bienes jurídico-penales supraindividuales fueran socialmente funcionales, aunque no lo sean desde una óptica individual.

Un segundo aspecto en el que podrían coincidir ambas visiones puede advertirse en que el ataque penalmente típico a un bien jurídico supraindividual no es necesario que origine ningún perjuicio individual desde una perspectiva *ex post*. Imaginemos que, en el marco de un proceso de obtención de una licencia de conducción, un examinador decide adelantar el examen a uno de los candidatos a un día festivo en el que estaría dispuesto a trabajar. Esta variación no produciría ningún perjuicio para los demás individuos que deben evaluarse antes, puesto que ninguno de ellos vería demorada su prueba. No obstante, sí que se produciría un quebrantamiento del normal funcionamiento de la Administración, por cuanto un administrado obtendría un beneficio o privilegio sin tener derecho al mismo.

Los partidarios de proteger los bienes jurídicos supraindividuales por ser instrumentalmente necesarios para preservar valores individuales, añadirían a ello que el amparo penal dispensado al correcto funcionamiento de la Administración se justifica por condicionar las posibilidades de participación social individual. En cambio, desde la posición contraria se afirmaría que los intereses que la sociedad ha identificado como preponderantes no es necesario que puedan reconducirse a condiciones de la participación del individuo en la comunidad, por lo que esta circunstancia no sería un parámetro valorativo del grado de aflicción social causado por la conducta. Personalmente entiendo que la protección de un bien jurídico no puede suponer una limitación de la libertad individual superior a la que derivaría de la ausencia de dicha tutela. Por lo tanto, si la legitimidad de la prohibición depende de que esté justificada la limitación de la libertad de acción individual que comporta, toda conclusión político-criminal en esta materia debe estar precedida de una ponderación entre los intereses individuales que el tipo limita y los que protege. Esto impide orientar la protección

penal de un subsistema al mantenimiento de la indemnidad del subsistema en sí, de modo que dicha tutela debe dirigirse a fomentar las opciones de desarrollo del individuo en la sociedad. Sólo el grado de afectación de dichas opciones puede ser el canon valorativo de la gravedad del injusto. La preservación de las mismas es el motivo que lleva al legislador a la promulgación de la norma correspondiente, por lo que la gravedad de la conducta debe valorarse en función del ataque operado contra ellas.

Ahora bien, sería erróneo decir que todos los discursos que abogan por la independencia de los bienes jurídico-penales supraindividuales aboquen a contemplarlos formalmente, y por lo tanto que en todos ellos el fin atribuido a la pena es la autoafirmación del Derecho Penal. Defender la independencia de los bienes jurídicos supraindividuales es compatible con dotarlos de un referente material, aunque éste no será de carácter individual sino colectivo. En este caso el fin de las normas penales sería proteger aquellos ámbitos de organización socialmente funcionales⁴⁹². Por otro lado, la potestad legislativa estaría limitada, en primer lugar, por la observancia de los procesos formales establecidos para la identificación de los intereses prevalentes en la sociedad. Y, en segundo lugar, por el deber de respetar el sistema de relaciones sociales consagrado constitucionalmente. Otra cuestión es que ese nivel de substantividad sea suficiente de acuerdo con los principios y límites que informan el sistema.

Por lo tanto, en esta postura la noción de bien jurídico también puede actuar como fuente axiológica del injusto, al no tener por qué prescindirse de ella dentro de la labor dogmática, ni tener tampoco por qué ponerse a disposición de la simple tutela de genéricas relaciones sociales con independencia de cuál sea su contenido. En este sentido, la tutela de relaciones sociales puede predeterminarse materialmente a la preservación de unidades sociales funcionales, en cuyo caso la utilización del bien

⁴⁹² Sin embargo, un sector de la doctrina opina que la configuración del mantenimiento de la firmeza de las expectativas normativas frente a su defraudación como bien jurídico-penal aporta una fundamentación para la pena, pero no para las normas penales concretas, al poder ser objeto de protección bajo este punto de vista sociológico-positivista todo tipo de institucionalización de la actividad estatal. Como apunta HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 72, “la razón por la que las teorías sociológicas del Derecho penal prescinden de la noción de bien jurídico se halla en que mantienen una concepción del Derecho penal distinta a la sostenida por la teoría crítica del bien jurídico. La finalidad es el funcionamiento óptimo del ‘sistema sociedad’, por lo que la pena opera como instrumento de tecnología social. El uso del término ‘lesividad social’ (Amelung) conlleva la imagen de la sociedad como un todo. Por el contrario, la noción de bien jurídico remite a titulares individualizables del bien dentro de la sociedad: el individuo, grupos de personas o la institución ‘Estado’. Dicha noción surge del pensamiento individualista ilustrado y no es extrapolable a la teoría sociológica sistémica”.

jurídico no sería meramente nominal o formal, sino que seguiría disponiendo de una cierta proyección como criterio de selección penal⁴⁹³. La crítica se centra entonces en el criterio de selección penal que se desprende de esta concepción, en la medida que el mismo es demasiado amplio al no estar acotado por la referencia a intereses individuales.

Ciertamente el Derecho Penal debe adaptarse a los cambios sociales si pretende seguir siendo un instrumento eficaz en la prevención de las situaciones que en cada momento histórico se reputan más gravemente nocivas. Un Derecho Penal inútil para evitar los conflictos sociales que se producen en el seno de la sociedad carecería de toda legitimación posible. Esto obliga a no descartar a priori la opción de amoldar el instrumental penal a las cambiantes demandas sociales de tutela, ni la de extender su actuación a ámbitos de interacción social en los que tradicionalmente no penetraba. Sin embargo, un Derecho Penal preventivo global con vocación de ofrecer una seguridad integral en todos los sectores de la vida social se vería tendencialmente expuesto al colapso, en cuyo caso se limitaría a sublimar en el imaginario colectivo la realidad sobre la que trata de incidir. Las posibilidades del sistema penal no pueden tensionarse más allá de su propia capacidad de rendimiento, por lo que sus márgenes de potencial crecimiento deben encontrar límites materiales.

Dentro de las corrientes que abogan por considerar que los bienes jurídicos supraindividuales carecen de un referente individual, se estima que las conductas que atentan contra ellos pueden cumplir con las exigencias derivadas del principio de lesividad, así como con el resto de valores constitucionales. La mayoría de ellas descartan la opción de dar cobertura penal a la simple vigencia de la norma, y por ende intentan que el bien jurídico siga actuando como parámetro hermenéutico de los tipos penales. Pretenden de esta manera delimitar el círculo de relaciones sociales susceptibles de tutela penal en función del valor que colectivamente se les asigna. Hasta dónde alcanzo a comprender, metodológicamente esta concepción obliga a operar a dos niveles: de un lado, a nivel sociológico incumbiría al legislador identificar cuáles son las valoraciones socialmente dominantes y extraer de ellas los intereses considerados

⁴⁹³ De hecho las condiciones del establecimiento de la socialización no pueden ser descritas científicamente, al depender de las convicciones valorativas prevalentes, por lo que también las teorías sistémicas acaban remitiendo al consenso normativo existente en una sociedad determinada. Sobre ello, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 59 y ss.

prevalentes; de otro, a nivel normativo-jurídico, de entre todos los intereses identificados como preponderantes, el legislador sólo podría atribuir la condición de bienes jurídico-penales a aquellos que se muestren compatibles con las disposiciones constitucionales, al ser éstas vinculantes para él. Desde esta perspectiva sería perfectamente admisible que los bienes jurídico-penales tutelaran condiciones de la existencia del sistema social o, en otra terminología, determinadas relaciones microsociales. Hay que reconocer que esto supone atribuir un sustrato axiológico a los bienes jurídico-penales, aunque el mismo no dependa de su valor instrumental para intereses individuales.

A través del bien jurídico el legislador resuelve normativamente un conflicto de intereses entre la libertad de actuación individual y algún otro valor. La protección de estos otros valores debe prevalecer frente a la libertad individual de obrar en determinados supuestos. Obviamente, al Derecho Penal no le interesan todas las relaciones sociales ni la protección de todos los sujetos que las forman, sino que sólo aspira a dar una solución jurídica a las identificadas socialmente como más conflictivas o sensibles. En un Estado democrático, la selección de las formas de sintetizar normativamente estas relaciones sociales corresponde a los ciudadanos. Ahora bien, la Constitución establece límites negativos a la libertad de la sociedad para elegir qué intereses pueden elevarse a la categoría de bienes jurídico-penales. No delimita el ámbito de lo punible en sentido positivo, al no ofrecer un criterio general de selección de los objetos a tutelar, pero sí que determina aquello que no puede ser protegido por la legislación penal. No pueden ser protegidos por la legislación penal aquellos valores contrarios al marco general de convivencia que emana del texto constitucional. La concepción de este último como límite negativo de la potestad legislativa permite que ésta disponga del dinamismo necesario para acomodarse a los cambios sociológicos operados en la realidad que está llamada a regular⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Algunos autores definen los delitos de peligro abstracto como tipos penales sin bien jurídico, con la consiguiente vulneración del principio de lesividad, en virtud del cual todo delito, desde un punto de vista material, debe acarrear la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora bien, esta crítica sólo puede admitirse con carácter general para toda la categoría de los delitos de peligro abstracto si se adopta una concepción formal de la misma (basada en la peligrosidad general o presunta de la conducta). Por el contrario, de interpretarse con arreglo a criterios teleológicos, sólo sería válida frente a aquellos tipos particulares en los que no sea posible apreciar una afección del bien jurídico protegido. Vid. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 187 y ss.

Este extremo viene confirmado por la labor interpretativa desarrollada por el Tribunal Constitucional, elaborando con su doctrina límites, tanto para el legislador como para el intérprete de la norma penal⁴⁹⁵. La parquedad del texto constitucional en materia penal no ha impedido que los pronunciamientos del Alto Tribunal consoliden algunos de los principios rectores de la dogmática penal. De entre todos los límites vinculantes para el legislador penal que emanan de la Constitución, destaca el relacionado con el derecho a la libertad individual, del que se deducen objetivos programáticos tan trascendentes como la necesidad de orientar el Derecho Penal a la facilitación de una pacífica coexistencia de las distintas libertades individuales. Por lo tanto, sería razonable entender que por imperativo constitucional el injusto penal debe consistir en un ataque a la libertad individual ajena. De este modo el Derecho Penal no ataca la libertad individual, sino los ataques contra libertad individual. Podría concluirse entonces que, a partir del modelo político-social en el que el bien jurídico-penal se inserta, es posible deducir la necesidad de que el mismo esté directa o indirectamente dirigido a la protección de algún interés individual.

La total desconexión de los bienes jurídico-penales supraindividuales respecto de intereses individuales implica anudar una pena a delitos basados en la mera infracción de una regla, por razones didácticas, de prevención general o de organización y estandarización de conductas, lo que exonera de realizar un juicio acerca la posibilidad de que la conducta pueda crear un riesgo para valores de titularidad individual. Esta configuración se justifica en la necesidad de alcanzar un cumplimiento sin excepciones de determinadas reglas de conducta, para lo que sería necesaria la estandarización a gran escala de comportamientos. De este modo la simple violación de la norma se opondría al fin de la misma, lo que reduce a cero el margen para la exclusión de la punibilidad de aquellos supuestos en los que sea comprobable la no peligrosidad de la concreta conducta realizada. Para evitar estas consecuencias, el camino más fructífero parece ser limitar la tutela penal de intereses supraindividuales a aquellos en los que pueda advertirse claramente su funcionalidad respecto de la garantía de condiciones esenciales de la convivencia. En esta línea, para reforzar la organización o automatización de conductas pueden ser más eficaces y legítimos otros sectores del Ordenamiento distintos

⁴⁹⁵ Vid. MIR PUIG, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006, pp. 115 y ss.

del penal. En relación con ello, el Derecho Penal debe disponer de cierta autonomía para establecer sus propios límites axiológicos de riesgo penalmente relevante, es decir, para determinar el grado mínimo de riesgo necesario para constituir el injusto estrictamente penal desde una óptica material, en función de las específicas finalidades de protección que le son propias.

En el marco de los llamados delitos por acumulación⁴⁹⁶, puede suceder incluso que la conducta individual descrita en el tipo ni siquiera muestre la peligrosidad abstracta que desde postulados formalistas se presume o se considera motivo de la incriminación en los delitos de peligro abstracto. Si con arreglo a determinadas interpretaciones de los delitos de peligro abstracto se reputa innecesaria la constatación de la concreta aptitud de la conducta para afectar al bien jurídico – ya sea porque dicha aptitud se presume o porque se contempla como simple *ratio legis* –, en el caso de los delitos acumulativos esta comprobación podría incluso carecer de sentido, al ser el acto individual por sí solo abiertamente incapaz de llegar a menoscabar el bien jurídico. Y esta nula carga lesiva no procedería del hecho de que el autor o un tercero hayan tomado medidas de precaución para evitar el peligro, sino por la nula adecuación de la conducta aislada para amenazar de forma relevante al bien jurídico. En este sentido, lo específico de los delitos acumulativos no es que la conducta individual conlleve una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni siquiera que pertenezca a una clase de conductas que en general o con una regularidad constante entrañan individualmente una lesión o puesta en peligro, sino su adscripción a una clase de conductas que, cuando se realizan en un número muy elevado de ocasiones, puede dar lugar a una lesión o puesta en peligro, de manera que ni tan sólo la aportación individual es abstractamente peligrosa⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Por todos, en la doctrina española acuña el difundido concepto de “delitos por acumulación” para referirse a aquellas tipologías penales en las que la lesión o el peligro para el bien jurídico en principio sólo podría resultar de la realización reiterada de una multitud de conductas individuales y en virtud de la acumulación de los efectos de todas ellas, GRACIA MARTÍN, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno...*, p. 37.

⁴⁹⁷ En referencia a los delitos por acumulación, opina GRACIA MARTÍN que “a la vista, pues, de la ausencia total de elementos de lesividad, e incluso de peligrosidad general, en los hechos individuales aislados, no es admisible, ni legítimo, extender a los mismos la amenaza de una sanción penal. Estos hechos deberían ser monopolio del Derecho administrativo sancionador y su criminalización da lugar a una *administrativización* del Derecho penal, que usurpa funciones del Derecho administrativo (e incluso del Derecho civil)”. *Ibidem*. pp. 37 y 38.

4. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses conectados a algún valor individual

4.1. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses carentes de toda autonomía respecto de valores individuales

Resulta innegable que los bienes jurídicos supraindividuales permiten aumentar la eficacia en el control de conductas. Dicha eficacia es uno de los argumentos más argüidos en defensa de su legitimidad, aunque ésta evidentemente también queda condicionada a la forma de contextualizarlos dentro del marco político-jurídico vigente. Sin descartar a priori que la existencia de bienes jurídico-penales pueda estar justificada a pesar de no ser independientes de los intereses individuales, existen diversas formas de articularlos. Desde esta perspectiva las posturas se dividen entre quiénes consideran que ni siquiera son bienes autónomos, al expresar únicamente la suma de los intereses individuales que los conforman, y las de quiénes opinan que disponen de una cierta sustantividad propia.

Si se conciben como la suma de los intereses individuales que pueden identificarse en ellos, se hace difícil explicarlos desde la perspectiva del Derecho positivo, puesto que en muchas ocasiones la abstracta puesta en peligro del interés individual se encuentra más penada que su lesión⁴⁹⁸. Ello puede comprobarse por ejemplo desde la óptica de los delitos contra la salud pública. Si se aduce que éstos protegen la suma de las saludes individuales de las potenciales víctimas, la realización de una conducta *ex ante* objetivamente peligrosa para la salud individual podría estar más penada cuándo no va seguida de su lesión que cuándo ésta efectivamente se causa. De esta manera la estructura del tipo objetivo del delito contra la salud pública consistiría simplemente en la realización de una conducta en abstracto peligrosa para la salud individual. En cambio, el tipo objetivo del delito de lesiones exigiría una circunstancia adicional consistente en la materialización de ese riesgo en un resultado *ex post* de perjuicio efectivo para el bien jurídico. Sin embargo, la primera conducta podría acarrear una

⁴⁹⁸ Sin duda la expansión de los bienes jurídicos supraindividuales ha sido uno de los fenómenos que más preocupación ha generado en algunos sectores de la Ciencia Penal en los últimos tiempos. Ya desde el entorno de la llamada Escuela de Frankfurt se propuso que el Derecho Penal se limitara por vía legislativa a la tutela de bienes jurídicos individuales, como recuerda ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima...*, p. 34.

pena superior que la segunda: por ejemplo, de realizarse actos de elaboración de alguna droga que cause grave daño a la salud, el marco penal del tipo básico sería de tres a seis años de prisión (art. 368 CP); mientras que en una agresión que cause una lesión que objetivamente requiera tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad, el marco penal del tipo básico sería de tres meses a tres años de prisión, o multa de seis a doce meses (art. 147.1 CP). La paradójica situación que entonces podría darse sería que conductas causantes de la lesión del bien jurídico tuvieran asignado un castigo inferior al de aquellas en las que la distancia entre el acto y la lesión del interés tutelado es superior. Es decir, la punición sería menor a pesar de ser mayores las necesidades de pena, lo que conduciría a una ineludible quiebra del principio de proporcionalidad⁴⁹⁹.

Las reglas previstas en materia de relaciones concursales confirman las reservas expresadas frente a una concepción de los bienes jurídico-penales supraindividuales como suma de intereses individuales. En este orden de cosas, la jurisprudencia acostumbra a apreciar que se produce un concurso ideal de delitos – no un concurso de leyes – cuando además de la abstracta puesta en peligro del bien jurídico se ocasiona su lesión – por ejemplo, si la droga con la que se trafica causa un daño en la salud de algún sujeto concreto –. Esta opción incluso ha sido expresamente prevista por el legislador en algunos tipos de delito. Así, en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, en los supuestos en los que la conducta peligrosa para la seguridad vial origina además en el caso concreto un resultado de por ejemplo muerte o lesiones, establece el art. 382 CP que deben aplicarse las reglas para la determinación de la pena previstas para el concurso ideal de delitos⁵⁰⁰.

Parece preferible entonces reconocer una cierta autonomía a los bienes jurídicos supraindividuales, de modo que éstos puedan amparar ámbitos de organización socialmente útiles distintos de la suma de intereses individuales que confluyen en su

⁴⁹⁹ En este sentido, denuncia ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 263, “la desproporcionalidad de las penas con las que se sancionan algunos delitos de peligro abstracto, ya que la entidad del ilícito de estos delitos no se corresponde muchas veces con la gravedad de la pena con la que se los amenaza. Concretamente se considera que resulta difícil justificar que un hecho que sólo representa un peligro más o menos remoto para la vida o la salud individual – como es el tráfico de drogas- resulte en muchas ocasiones más severamente castigado que el que directamente causa una lesión del mismo bien jurídico (compárense las penas de los delitos de los arts. 138 y 147 CP – homicidio y lesiones – con las establecidas para el tráfico de drogas en los arts. 368 y ss)”.

⁵⁰⁰ Sobre como algunos de los concursos de delitos previstos expresamente en la Parte Especial podrían derivar en una infracción del principio de *non bis in idem*, vid. CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, p. 156.

seno⁵⁰¹. Ello por más que esta protección deba estar finalísticamente orientada a maximizar las posibilidades de desarrollo social individual por imperativo de los principios de lesividad y proporcionalidad⁵⁰². En mi opinión esto puede explicarse mejor a través de la distinción entre el contenido y la finalidad del objeto. El contenido del objeto de los bienes jurídico supraindividuales estaría formado por modelos de organización social, mientras que su finalidad consistiría en facilitar la convivencia entre los individuos que conforman el colectivo. Esta exigencia de que los bienes jurídicos supraindividuales sean instrumentalmente útiles desde una perspectiva individual, permitiría dotarlos de una proyección material acorde con los principios rectores del sistema que emanan del modelo político-jurídico vigente. Asimismo, las necesidades de utilidad social podrían conjugarse satisfactoriamente con las necesidades de utilidad individual.

4.2. Los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses autónomos respecto de valores individuales

Los detractores de los bienes jurídico-penales supraindividuales aducen que con su reconocimiento normativo se produce un relajamiento de los requisitos de punibilidad propios de los delitos de lesión contra bienes jurídico-penales individuales. Sin embargo, en un Derecho Penal basado en las finalidades preventivas de la pena, y por ende en el carácter imperativo de las normas primarias, nada impide que la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa para el bien jurídico exprese completamente la parte objetiva del injusto, como demuestra la punibilidad de la tentativa inidónea. Por otro lado, de disponer los bienes jurídicos supraindividuales de un referente individual, se asegura que la conducta penalmente relevante tenga un grado de nocividad social suficiente, al caracterizarse la misma por su carácter perturbador para la convivencia

⁵⁰¹ En palabras de ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 183, “no es contradictorio afirmar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos respecto de los individuales que están en su base y a la vez reconocer que con la protección de los colectivos se está afirmando su trascendencia para la persona como individualidad, que necesita de la protección de estos bienes por ser parte de la colectividad: son una realidad distinta, que han adquirido autonomía de los individuales y que son tan dignos de protección como éstos. También en los bienes jurídicos colectivos, se deja sentir en última instancia un fin de protección del ser humano”.

⁵⁰² En la misma línea se pronuncia HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 114, cuando afirma que, desde un prisma social-objetivo, se trata de proteger aquellos estados identificados socialmente como condiciones del desarrollo personal, los cuales estarían en permanente evolución debido a las nuevas posibilidades y nuevos riesgos que los cambios sociales, económicos y culturales traen consigo.

colectiva⁵⁰³. Naturalmente, la previsión de delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales facilita la aplicación del tipo, pero sólo en el sentido de que no es necesario esperar a la lesión de un bien jurídico individual para desencadenar la reacción penal. Por lo tanto, lo determinante es si dicha reacción puede encuadrarse dentro de los límites del *ius puniendi* dimanantes de nuestro modelo constitucional, cuestión a la que como digo creo que puede darse una respuesta afirmativa.

Es importante recalcar que, de carecer los bienes jurídicos supraindividuales de toda referencia a un interés individual, no existiría ninguna garantía de que el Derecho Penal evite castigar actos inofensivos desde la óptica de la libertad individual al no comprometer las posibilidades de desarrollo de los ciudadanos en el seno del sistema social⁵⁰⁴. Pues bien, la exigencia de un cierto contacto entre la conducta penalmente típica y el bien jurídico-penal individual puede inferirse directamente de la Constitución⁵⁰⁵, al imponer ésta determinados límites a la libertad de identificación y consagración penal de intereses. No establece positivamente cuáles son los intereses acreedores de tutela penal, pero indica cuáles no pueden ser tutelados penalmente. Según ello, aunque el objeto protegido por la norma penal puede ser el funcionamiento de un subsistema o modelo de organización, lo cierto es que ni la simple desviación respecto de la regla prescrita, ni el mero ataque al subsistema o modelo en sí, son suficientes para dotar de contenido el injusto, sino que además la conducta debe aparecer como potencialmente ofensiva para algún interés individual⁵⁰⁶. Se deduce de todo ello que la conducta debe mostrar en el caso concreto que en el momento en el que

⁵⁰³ Los contextos protegidos por los bienes jurídicos supraindividuales no son físicamente individualizables. Se trata de “bienes jurídicos de confianza” cuyo contenido debe extraerse del orden institucional concreto en el que se insertan, en terminología de SCHÜNEMANN, *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho* (trad. de la Torre Benitez), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 61 y ss.

⁵⁰⁴ En la misma línea, HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 74 y ss., considera que los bienes jurídicos supraindividuales sólo son admisibles si pueden “funcionalizarse” desde el individuo.

⁵⁰⁵ Como expone VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, p. 337, “se presentan situaciones colectivas que han de respetarse, pues permiten la participación social y posibilitan la adecuada convivencia entre los hombres. Aunque no toda necesidad social merece el calificativo de penal, no se puede negar la presencia de bienes colectivos acreedores de tutela penal”.

⁵⁰⁶ A juicio de VARGAS PINTO, los valores susceptibles de tutela penal deben identificarse, no sólo mediante su conexión con los derechos humanos fundamentales reconocidos constitucionalmente, sino también a través de principios específicamente político-criminales, como los de proporcionalidad, merecimiento y necesidad de pena, etc. Agrega que, si se parte de postulados funcionalistas, debe resaltarse también la dimensión social de tales valores debidamente conjugada con las posibilidades de libre desarrollo del individuo. *Ibidem.* pp. 73 y ss.

se realiza genera, eleva o no neutraliza un riesgo penalmente relevante de lesión de un bien jurídico individual⁵⁰⁷.

Los límites a la creación de bienes jurídicos supraindividuales por parte del legislador penal serían entonces los que derivan, en primer lugar, de la necesidad de que éstos expresen un interés considerado socialmente preferente. En segundo lugar, que no entren en contradicción con los valores constitucionales, lo que obligaría a orientar funcionalmente dichos bienes a la tutela de intereses individuales. Sólo de esta manera la democracia en sentido formal o procedimental encuentra límites en su acepción material, en tanto que la libertad de los ciudadanos para elegir qué intereses consideran acreedores de tutela penal estaría limitada por el fin de ampliación de las posibilidades de participación social individual al que éstos deben dirigirse teleológicamente. Esta puesta en relación de la conducta con algún interés individual es el mecanismo que permite eludir el riesgo de fundamentar el injusto en la simple afectación de la vigencia de la norma. Esta puesta en relación marca, en definitiva, el mínimo grado de sustantividad material de la que deben disponer los bienes jurídico-penales supraindividuales para vencer la tentación de incurrir en una formalización de los mismos⁵⁰⁸.

Creo que no puede achacarse a este punto de vista una actitud condescendiente con la actividad del legislador democrático, puesto que a éste no se le reconoce absoluta libertad para pronunciarse sobre el concepto formal y material de delito sino que, por el contrario, estaría vinculado dentro de esta labor por una serie de principios intangibles para él, relacionados singularmente con el respeto a determinadas esferas de libertad individual, lo que impone el deber de respetar ciertos parámetros pre-jurídicos de racionalidad instrumental y valorativa en la conformación de la Ley penal, como que el sufrimiento que irroga la pena no sea superior al que trata de evitar (o sea, que la limitación de la libertad derivada de la pena no sea superior al grado de libertad que trata de garantizar). Si en la delimitación del concepto material de delito el legislador no respetara estos límites, éste simplemente dejaría de ser democrático. Así pues, estimo que existen determinadas estructuras axiológicas indisponibles para el legislador, cuya

⁵⁰⁷ Se trata en suma de que el bien jurídico-penal, como objeto identificado a partir de las prácticas sociales, pueda seguir siendo valioso por su dimensión de vínculo real posibilitador de la libertad externa de las personas. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 54 y ss.

⁵⁰⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!...*, p. 60. A juicio del autor, sólo aparentemente protegen algunos bienes jurídicos intereses supraindividuales. Según él, en realidad éstos únicamente tutelan una suma de intereses individuales. Esto le lleva a oponerse a lo que considera una errónea aglomeración de bienes jurídicos individuales en uno de colectivo.

existencia sería anterior al trabajo dogmático. Dado que no puedo abordar aquí una cuestión de tanta hondura filosófica e intelectual como la relativa a si tales estructuras son de carácter ontológico, me conformaré con afirmar que son lógico-conceptualmente inherentes al modelo político en el que se inserta el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho; y que, por lo demás, actúan como criterios de contención “fuertes” del Derecho Penal.

En una sociedad culturalmente avanzada como la nuestra, las valoraciones socialmente mayoritarias deben encauzarse democráticamente a través de los procesos de creación de normas. Tras éstas han de subyacer por lo tanto los juicios de valor más ampliamente interiorizados por el colectivo. Esto significa que a priori el legislador ha de ser sensible a las demandas de progresiva reducción de los espacios de riesgo permitido⁵⁰⁹ a través de la implementación de políticas de seguridad en campos especialmente sensibles – como la salud pública, el medio ambiente, el orden socioeconómico, el orden público, etc. –. Pero para la configuración de un bien jurídico-penal no basta con que el mismo se corresponda axiológicamente con una percepción social hegemónica o mayoritaria expresada democráticamente, sino que además debe ser compatible con el modelo constitucional vigente. Se admite así como idea matriz que el Derecho Penal no debe permanecer impasible ante las inseguridades y temores específicos que acechan nuestro tiempo, con independencia de que éstos procedan de determinadas innovaciones científico-tecnológicas, del aumento de la complejidad del sistema social, de los cambios estructurales que se producen en éste o del desvanecimiento de un consenso ético-moral o político básico⁵¹⁰.

Si metodológicamente se parte del relativismo al que todo proceso gnoseológico está abocado, la única referencia estable para el legislador son las valoraciones sociales mayoritarias. En este orden de cosas, en un Estado democrático la orientación del Derecho Penal al mantenimiento de la integridad del orden político-social vigente no es una consecuencia negativa si se prevén mecanismos para cambiarlo, y si con ello se tutelan de una forma más o menos mediata las posibilidades de desarrollo individual en

⁵⁰⁹ Sobre como el criterio del riesgo permitido se inserta en el núcleo de la teoría de la imputación objetiva entendida ésta teleológicamente, ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 6.

⁵¹⁰ Como señala ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 183 y 184, “ha sido la sociedad actual la que ha ido generando nuevas necesidades imposibles de satisfacer con los tradicionales bienes reconocidos por las leyes; en el seno de esta modernidad han surgido ámbitos de sujeción en los que se han distinguido derechos y obligaciones nuevos. Al ser la sociedad la que va generando cada día nuevas necesidades se impide la cosificación del sistema”.

el seno de la comunidad. Se parte entonces de la idea de que la legitimidad del orden jurídico en su conjunto depende de la observación de determinadas formalidades procedimentales que aseguren la participación de todos los ciudadanos en la toma de decisiones con trascendencia pública. Pero en el ámbito penal esta libertad está limitada por el respeto a las normas jurídicas de rango superior, en este caso la Constitución y las declaraciones internacionales de Derechos Humanos, de las que se deriva una determinada concepción de los principios de lesividad y proporcionalidad⁵¹¹.

Como se ha dicho, no se afirma con ello que la Constitución proporcione positivamente el catálogo de intereses susceptibles de tutela penal, sino que ésta constituye un límite negativo al impedir que puedan adquirir la condición de bienes jurídico-penales valores contrarios a ella. No es necesario entonces relacionar cada bien jurídico-penal con un valor constitucional concreto, sino que basta con verificar que cada interés penalmente protegido es compatible con el conjunto de valores constitucionales. El nexo común a todos estos valores constitucionales radica en que todos ellos se erigen en condiciones esenciales de las posibilidades de participación social de los miembros de la comunidad. No sería legítimo entonces tutelar penalmente un interés identificado como socialmente prevalente si con ello, en una errónea ponderación de intereses, se están reduciendo las fundamentales y legítimas opciones de participación social de todos o algunos ciudadanos.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en una línea parecida. A propósito de los delitos de incitación al odio, la discriminación y la violencia de los arts. 510 y ss. CP⁵¹², sostiene que es intrínseco a la esencia de la democracia el respeto a ideas contrarias a la conservación del sistema. Según afirma, dentro del sistema democrático cabe expresar incluso opiniones que lo ataquen, al resguardo de los

⁵¹¹ Vid. MIR PUIG, “Constitución, Derecho Penal y Globalización...”, pp. 116 y ss.

⁵¹² En relación con el discurso del odio, pone de manifiesto MIRÓ LLINARES, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, p. 56, la relevancia crucial del conflicto entre la tutela de los valores de tolerancia y el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, el delito del art. 510 CP podría contemplarse como uno de los tipos de la Parte Especial caracterizados por su contenido “moralizante”, o cuanto menos por no afectar a intereses de terceros, frente a lo cual creo que lo relevante no es tanto el estado emocional como la violación del derecho de otro que pueda demostrarse que conlleva el acto ofensivo, es decir, la concreta afectación de intereses o derechos. Ello es así porque los estados emocionales, al ser vagos como consecuencia de su carácter esencialmente subjetivo, no bastan para expresar el grado de lesividad del hecho. Como expone el citado autor, “son vagos porque el disgusto, el desagrado, la insatisfacción, el rechazo, son imprecisos y no sencillos de medir, y la razón esencial de que no sean fáciles de medir es que son subjetivos, las consideramos apreciaciones personales de forma que un mismo hecho puede producir desagrado en una persona y en otra no”.

derechos constitucionales a la libertad ideológica, de expresión y de opinión, al proteger también la Constitución a quiénes la niegan. De esto extrae que la libertad de expresión comprende incluso la libertad de error, al entrar cualquier otra actitud en el terreno del dogmatismo totalitario. Es por ello – prosigue – que la restricción de la libertad de expresión sólo puede consistir en la difusión de manifestaciones que inciten al odio, la violencia o la discriminación contra determinados grupos o colectivos (STC de 11 de noviembre de 1995). De no restringirse en estos supuestos, las posibilidades de participación social de los individuos quedarían sensiblemente reducidas, y por lo tanto el propio derecho a la libertad de expresión quedaría vacío de contenido. Con estos límites, el sistema social garantizaría la libertad de manifestar ideas contrarias a su configuración actual.

La amplitud con la que el Tribunal Constitucional concibe el derecho a la libertad individual de actuación, el cual abarca los derechos a la libertad de opinión y expresión, revela que el fin de la norma no puede consistir en modificar la cosmovisión de los ciudadanos. En consecuencia, si el Derecho Penal debe respetar el sistema de valores de cada individuo, la finalidad preventivo-general de la pena en el momento de la conminación sólo puede ser negativa. Y, en el momento de la ejecución, el objetivo preventivo-especial positivo a alcanzar por mandato constitucional no puede concretarse en la adhesión del reo a un determinado sistema axiológico, sino en la ampliación de sus posibilidades de participación social⁵¹³.

Se quiere significar con todo ello que las fuentes valorativas de las que las normas penales se nutren están limitadas, no sólo por criterios formales vinculados a los procedimientos democráticos, sino también por otros de carácter material directamente emanados del marco de convivencia que representa la Constitución⁵¹⁴. Esto permite rechazar cualquier pretensión de maximizar alguna opción político-criminal, en concreto de consagrar un sistema penal de control total preventivo, y al mismo tiempo facilita la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, de modo

⁵¹³ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 93 y ss.

⁵¹⁴ En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 260, “debe huirse de toda transformación del Derecho Penal que no sea conciliable con los principios garantistas propios de un Estado de Derecho avanzado; pero debe rechazarse también la ideología que denuncia la hipertrofia y el abuso del Derecho penal en el mismo momento en que éste se abre a las nuevas formas de delincuencia y se aparta del modelo clásico que lo limita a reprimir la delincuencia violenta y la de los sectores marginales de la población”.

que el Derecho Penal esté en disposición de adaptarse a los cambios sociales, así como de dar una respuesta adecuada a determinadas necesidades coyunturales. Descartar las opciones político-criminales dirigidas a la consecución de las más altas cuotas de seguridad posibles, impide considerar que la tendencia a la normativización de deberes carece de límites, al seguir siendo la lesividad de la conducta para el bien jurídico un parámetro válido para medir la legitimidad de los tipos penales⁵¹⁵.

Paralelamente, un rechazo frontal y absoluto a la admisión de los bienes jurídico-penales supraindividuales no respondería a las valoraciones sociales actualmente hegemónicas. Un Derecho Penal mínimo circunscrito a la represión de conductas aflictivas de intereses individuales, dejaría al margen de su radio de actuación comportamientos que sociológicamente son percibidos como gravemente perturbadores para el sistema social, como muchos de los vinculados a la gran delincuencia organizada de carácter económico, así como muchas manifestaciones de corrupción pública y privada. Estos espacios de impunidad sólo pueden erradicarse eficazmente a través del establecimiento de bienes jurídicos supraindividuales, como las condiciones del orden socioeconómico o el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En un contexto político-social como el nuestro, dominado por una crisis institucional que podríamos calificar de estructural, parecería poco conveniente que el Derecho Penal se inhibiera frente a ciertas actuaciones, aunque las mismas no afecten directamente a sujetos determinados⁵¹⁶.

La postura expuesta responde, en definitiva, a la necesidad de elaborar una propuesta de síntesis en el debate acerca de la legitimidad y contenido dogmático de los bienes jurídico-penales supraindividuales, en la que el instrumental penal pueda adaptarse a la cambiante realidad social de un modo compatible con los principios y garantías liberales

⁵¹⁵ La prohibición penal no comprende la creación o incremento de una situación de riesgo para cualquier interés, sino sólo riesgos cualificados – especialmente graves – contra bienes jurídico-penales. Señala STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 134, en referencia a los riesgos socialmente permitidos, que “en su redacción general abstracta, el tipo puede abarcar, ocasionalmente, formas de conducta que están en total consonancia con el orden social y, por ello, razonablemente, el tipo no puede estar referido a ellas”.

⁵¹⁶ En palabras de ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 184, “resulta fundamental, pues, reconocer la importancia que tienen estos nuevos derechos de titularidad colectiva que, junto a los bienes a los que se puede concretar un titular individual, se configuran como condiciones mínimas para la satisfacción de las necesidades de la colectividad: los bienes jurídicos de titularidad colectiva son bienes fundamentales para la salvaguarda de los llamados tradicionalmente derechos individuales; el ser instrumental en su configuración no les niega importancia respecto a la relevancia que exige su protección. Es este el motivo que los define como instrumentales”.

expresa o tácitamente reconocidos en nuestra Constitución. Se abre así la puerta a una expansión “controlada” del Derecho Penal. Creo posible abogar de este modo por una ampliación del ámbito decimonónico de este último sin menoscabar la esencia de los principios garantistas secularmente consolidados. Así pues, en la dialéctica entre un Derecho Penal del riesgo y un Derecho Penal mínimo, la apuesta que aquí se formula pasa por permitir que el sistema penal penetre en sectores que en otro tiempo le eran desconocidos, pero sin prescindir por ello de las funciones político-criminales y dogmáticas del bien jurídico, ni por ende de los principios de lesividad y proporcionalidad.

Debe admitirse entonces abiertamente que los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales suponen un adelantamiento de las barreras de protección de intereses individuales, al ser éstos los mediatamente tutelados. No puede articularse un Derecho Penal respetuoso con una determinada imagen acerca de la dignidad del ciudadano en el que los bienes jurídico-penales supraindividuales no se amparen por su valor instrumental para la protección de las distintas esferas de libertad individual que convergen en el seno del sistema social⁵¹⁷. Esto explica que en todas las tipologías delictivas la afectación de un interés individual deba ser uno de los parámetros para medir el grado de nocividad del hecho, con independencia de que la reacción penal tenga carácter anticipado por la colocación de bienes intermedios entre la conducta y el interés individual de que se trate.

Sentado lo anterior, los bienes jurídico-penales podrían definirse unitariamente como intereses condicionantes de las posibilidades de participación social individual, los cuales han sido identificados socialmente como necesitados de amparo penal con arreglo a procedimientos democráticos legalmente establecidos⁵¹⁸. La diferencia entre

⁵¹⁷ La protección de unidades funcionales entendidas como injustos específicos anticipados amplía el ámbito de la punibilidad si se entiende que con ello no se aseguran las condiciones inmediatas del desarrollo de la persona. Los delitos de peligro “no son, en cuanto delitos de peligro, *per se* inadmisibles, pero sí están especialmente precisados de legitimación. Como la concepción personal del bien jurídico examina cada norma atendiendo a su vinculación con las condiciones para el desarrollo de la persona, es de prever que su punto débil (esto es, la posible vía de entrada de las estrategias de criminalización general en el concepto personal de bien jurídico) venga dado por la orientación del individuo a su desarrollo en la comunidad”. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 111.

⁵¹⁸ En relación con los bienes jurídico-penales individuales más importantes (como podrían ser la vida o la integridad física) podría estar justificado adelantar la protección penal con fines preventivos, actuando contra fuentes potenciales del daño (como sería el caso de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas). Si en los delitos de peligro abstracto no se exige una conexión con las condiciones de

ellos estribaría entonces en que esta protección de las posibilidades individuales de participación social se articula en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales a través de la tutela de los modelos o marcos organizativos de algunos sectores específicos de interacción social – como pueden ser la seguridad vial, la salud pública, el medio ambiente o el orden socioeconómico –. Ello impediría individualizar en los bienes jurídicos supraindividuales titulares concretos, al pertenecer al conjunto de la sociedad⁵¹⁹.

La autonomía de la que se dota a los bienes jurídico-penales supraindividuales permite conformar un concurso ideal de delitos en caso de que la conducta comporte, junto a la afectación del interés supraindividual, la lesión de un interés individual. Así, de un lado se estaría afectando la forma de organizar el sector específico de interacción social del que se trate, y del otro una de las relaciones sociales concretas que se producen en el seno de ese sector. La circunstancia de que la conducta cause también la lesión de un interés individual no determina en efecto que el valor colectivo deje de serlo, ni provoca la desaparición del ataque contra éste.

Si carecen de una referencia a un interés individual, los bienes jurídico-penales no expresan el grado de consenso social existente acerca de en qué supuestos la libertad de actuación individual debe ser sacrificada a favor de intereses que en determinados supuestos se estiman superiores. No puede explicarse por ejemplo el valor y la importancia que socialmente se asigna a la organización de la circulación de vehículos a motor y ciclomotores, sin una referencia a los intereses individuales que en ella se ven implicados. Sin una referencia a éstos la ordenación de la seguridad vial seguramente no parecería tan relevante como para demandar una tutela penal, o no estaría justificada la gravedad de las penas que comportan los ataques contra ella. Es la perspectiva del

desarrollo personal, el Derecho Penal deja de ser un medio para la protección de bienes jurídicos, y en consecuencia pasa a convertirse en un mero instrumento utilizado en labores de conducción social. *Ibidem*. pp. 113 y ss.

⁵¹⁹ Como expone HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 115, “la protección penal de bienes jurídicos en el ámbito previo mediante la creación de delitos de peligro abstracto (o, tras la ‘creación’ de bienes supraindividuales de titularidad colectiva, de delitos de lesión), precisa una especial legitimación. Conforme a una teoría personal del bien jurídico, la protección en el ámbito previo sólo puede justificarse mediante su puesta en relación con intereses individuales dignos de protección. Cuanto más se aleje la conducta incriminada de tal referente personal, tanto mayores habrán de ser las exigencias en lo que respecta al valor del bien jurídico personal protegido, al grado de peligro material exigible y a la adecuación de la regulación penal (una directiva de conducta que, ha de confesarse, no es exactamente precisa). De este modo, al legislador penal se le impone un agravado deber de motivación. Considerando la evolución actual del Derecho penal, ello no puede considerarse un progreso menor”.

potencial peligro para la vida y la salud de las personas lo que fundamenta axiológicamente, desde la óptica del principio de proporcionalidad, que los delitos contra la seguridad vial tengan asociadas penas privativas de libertad.

La visión que se defiende gira entorno a la concepción de los bienes jurídicos supraindividuales como intereses intermedios en cierta medida espiritualizados al tener carácter inmaterial, aunque sean instrumentales respecto de la tutela de bienes finales pertenecientes al individuo⁵²⁰. Serían bienes autónomos por cuanto su objeto estaría constituido por determinados sectores de interacción social, mientras que serían bienes intermedios en la medida que su función última consistiría en tutelar intereses individuales. Así pues, la función de representación que los bienes supraindividuales desempeñan determina que reclamen una cierta autonomía o protección propia, al dirigirse a la salvaguarda del funcionamiento de instituciones o subsistemas sociales. Se trata desde esta perspectiva de bienes que ofrecen una protección indirecta en tanto que garantizan la indemnidad de instituciones articuladas en beneficio de los individuos. Sin embargo, esto no ha de oscurecer las dificultades para identificar y tipificar las lesiones o puestas en peligro de estos bienes. En algunos casos la imprecisa configuración de los mismos impide delimitar en qué consiste su menoscabo, o al menos qué conductas individuales los menoscaban en aquellos casos en los que el daño contra ellos sólo puede proceder de la reiteración o repetición generalizada de determinados actos. Con todo, como se ha dicho, el injusto de los delitos de peligro abstracto estaría constituido por la lesión del bien intermedio o representativo, y por la abstracta puesta en peligro del interés individual finalmente protegido.

Más adelante se expondrá que en el modelo político-jurídico vigente el injusto de los delitos de peligro abstracto no puede apoyarse únicamente en el quebrantamiento de ciertos deberes de fidelidad, ni de la integridad o la confianza en el funcionamiento de determinados subsistemas. Esto obliga a denunciar la ilegitimidad de aquellos bienes jurídico-penales supraindividuales que, pese a ser en principio intermedios o

⁵²⁰ Dentro de un paradigma liberal, el concepto de bien jurídico debe centrarse en la libertad como valor primordial de la persona, así como en los intereses de desarrollo social de ésta. En una terminología que estimo un tanto equívoca, pero que comparto en cuanto al fondo, algunas voces defienden el carácter “personalista” del bien jurídico, en el sentido de exigir que todo valor tutelado penalmente tenga como prioridad axiológica los intereses de la persona, lo que puede pasar por proteger determinadas estructuras o funciones sociales, es decir, bienes jurídico-penales supraindividuales. Utilizando la misma terminología, aunque con unas conclusiones no exactamente coincidentes, ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, p. 81.

instrumentales, aparecen totalmente desligados de bienes finales dignos de protección penal⁵²¹. En este sentido, el carácter intermedio de los bienes supraindividuales impone un deber de motivación reforzada de su entidad o importancia por medio de la que quede totalmente justificada la obtención de una tutela penal autónoma. Una conformación de tales bienes excesivamente espiritualizada, abstracta o difusa los aleja de intereses claramente identificables, y por lo tanto impide percibir el menoscabo que entraña la conducta punible, y con ello el grado de injusto del hecho. En este contexto, como decía, resultan particularmente problemáticos, desde una óptica político-criminal y dogmática, los delitos de peligro abstracto en los que el daño al bien jurídico sólo puede proceder de una realización en masa de la conducta descrita en el tipo. La anticipación en la tutela de bienes jurídico-penales no puede llegar al extremo de intentar uniformizar los comportamientos de los ciudadanos implicados en determinados sectores de actividad, a través de la automatización en masa de conductas mediante rígidas reglas con una función meramente organizativa, prescindiendo totalmente de la circunstancia de si de la conducta individualmente examinada deriva o no un peligro específico para el objeto de protección⁵²².

La concesión de una cierta autonomía valorativa a los bienes jurídico-penales supraindividuales permite entender que los delitos de peligro abstracto que los protegen, a pesar de constituir una forma de adelantamiento del perímetro de tutela, respetan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la gravedad de la pena sea conforme a la gravedad del hecho. Además esto permite responder satisfactoriamente a un doble interrogante, en el sentido de que el hecho descrito en el tipo puede aparecer como merecedor en general de la pena que tiene asociada, y de que el hecho concretamente realizado puede necesitar o precisar la pena que específicamente se le ha atribuido. De esta manera la pena no pierde su significación como reproche ético-jurídico cualificado.

⁵²¹ En esta línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 300, estima que existen bienes jurídico-penales supraindividuales no reconducibles a intereses individuales, por cuanto se referirían simplemente a estructuras o instituciones básicas del funcionamiento del Estado o del sistema social. Entre estos bienes identifica la Administración de Justicia, el orden socioeconómico o el medio ambiente. En mi opinión, los bienes jurídico-penales supraindividuales en los que no pueda hallarse un referente individual estarían afectados por un innegable déficit de legitimidad.

⁵²² A través del principio de lesividad se destaca la dimensión social del delito, como perturbación del sistema social, no sólo como fenómeno fáctico consistente en la lesión causal de un bien. Como advierte ALCÁZER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, p. 91, “el ‘daño’ inherente al delito no puede entenderse, entonces, como algo fáctico, material, ‘sensible’, sino, como vimos, ha de concebirse como un daño ‘simbólico’ inmaterial, perteneciente al ámbito de lo comunicativo”.

En la visión expuesta se intenta, en última instancia, resaltar tanto la dimensión social de los bienes jurídico-penales individuales como la dimensión individual de los bienes jurídico-penales supraindividuales, esto es, poner en valor las relaciones y puntos de contacto que se producen entre ambos niveles valorativos, lo que impide delimitarlos en términos absolutos o de forma totalmente rígida, y por tanto concebirllos como compartimentos estancos. Dichas relaciones se manifiestan sintéticamente a través del principio de lesividad, habida cuenta de que en cierta medida la lesividad social (real o potencial) de la conducta depende de su lesividad individual (real o potencial), y viceversa. Es decir, al orientarse los bienes jurídico-penales a la optimización de las posibilidades de participación social individual, la intensidad del daño social inmanente a la conducta depende de su grado de ofensividad individual, del mismo modo que esta última incide en el nivel de lesividad social del comportamiento. Cuanto más esencial sea el interés individual amenazado o lesionado, o más grave sea el ataque contra el mismo, más consternada se ve la sociedad, en el sentido de que se afecta a aspectos más nucleares de las estructuras o funciones sociales. De la misma manera que, cuanto más esencial es el interés supraindividual afectado, o más grave el ataque contra el mismo, más limitadas o constreñidas se ven las posibilidades de desarrollo social individual. A través de esta combinación entre el aspecto individual y social de todo bien jurídico-penal se contribuye a resolver, creo que de forma bastante convincente, la aparente antinomia que deriva de la vieja confrontación ideológica entre liberalismo y comunitarismo. De hecho el propio texto constitucional parece apuntar en la misma dirección cuando en otros ámbitos consagra, por ejemplo, un sistema de economía mixta de mercado, o cuando supedita a su función social el reconocimiento genérico del derecho a la propiedad privada⁵²³.

4.3. Las distintas posiciones de la jurisprudencia española a partir de un caso particular: los delitos contra la Hacienda Pública

4.3.1. Introducción

⁵²³ *Ibidem.* pp. 81 y ss.

Como no podía ser de otra manera, el debate acerca de la naturaleza y contenido de los bienes jurídico-penales supraindividuales también se ha suscitado en el seno de la jurisprudencia. A pesar de que la discusión sigue abierta, nuestros Tribunales se decantan mayoritariamente por una concepción en cierta medida parecida a la defendida, al considerar que los bienes jurídico-penales son algo más que la suma de intereses individuales que se ven afectados por el sector de actividad que protegen, e identificar simultáneamente en ellos un referente individual. Las tensiones dialécticas que se producen entre las distintas corrientes jurisprudenciales pueden ilustrarse gráficamente a través de la exposición de las diversas visiones sobre el bien jurídico protegido en los delitos fiscales⁵²⁴. Si bien ninguna corriente lo concibe como la mera suma del patrimonio de los ciudadanos, en cuyo caso no dispondría de ninguna autonomía, las posturas se dividen entre quienes lo consideran totalmente independiente de intereses individuales y quienes afirman que está conectado a algunos de éstos.

El tipo básico de los llamados delitos fiscales se encuentra actualmente recogido en el art. 305 CP, dentro de los delitos contra la Hacienda Pública. En su interpretación se parte de que, si corresponde al Derecho penal reprimir las principales formas de desigualdad, incluyendo la desigualdad económica, su actuación en este campo no puede justificarse en la necesidad de perpetuar un determinado orden económico, sino en la de incrementar las posibilidades individuales de progreso social⁵²⁵.

En el ámbito del sistema tributario se pone particularmente de manifiesto como la realidad social condiciona la política legislativa, al ser el aumento de la conciencia fiscal el factor explicativo de la evolución operada en la materia. Sólo en un Estado democrático consolidado con una normativa fiscal moderna y eficaz, resulta viable la figura del delito contra la Hacienda Pública. En España no lo fue hasta el cambio de régimen político, concretamente a partir del año 1977, en el que se aprobó la Ley 50/1977, de 14 de diciembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, por la que se creó el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, se eliminó el secreto bancario y se

⁵²⁴ En ellos también se suscita el debate acerca de qué conductas pueden abandonar el terreno formal de la ilicitud administrativa para ingresar en el de la ilicitud penal. Sobre esta cuestión, GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 20 y ss.

⁵²⁵ La Constitución establece varios límites para el poder tributario, entre ellos que su ejercicio no tenga carácter confiscatorio, al contraponerse los intereses de los ciudadanos a los del Estado en procurarse los fondos necesarios para alcanzar sus fines, según observa AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 31.

modificó el art. 319 CP para dar al delito fiscal una forma similar a la actual. Con anterioridad a esta reforma fiscal, la redacción que el Código Penal de 1870 brindaba al art. 319 (antes del art. 331), insatisfactoriamente ubicado dentro de las falsedades, era del siguiente tenor literal: “El que requerido por competente funcionario administrativo ocultare el todo o parte de sus bienes, o el oficio o industria que ejerciere con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquellos o por ésta debiere satisfacer incurrirá en una multa del tanto al quíntuplo, sin que en ningún caso pueda bajar de 125 pesetas”⁵²⁶.

Durante el período de algo más de un siglo en el que estuvo vigente dicho precepto, sólo se conocieron tres sentencias del TS, todas ellas de finales del siglo XIX y sólo una condenatoria, de 5 de febrero de 1898, por haber ocultado el acusado tres corderos que no sacrificó en el Matadero Municipal eludiendo así el pago de los impuestos correspondientes. Fue ésta, por lo tanto, una norma destinada al fracaso, concebida con escasa voluntad de ser aplicada, en parte seguramente porque las valoraciones filosófico-políticas subyacentes a ella todavía no habían sido socialmente interiorizadas. Confirma esta hipótesis el hecho de que la incorporación de esta figura delictiva al Código penal vino acompañada de no pocas voces críticas, como la de un nada desdeñable grupo de detractores para los que, con la redacción dada al tipo, la Administración podía vulnerar la intimidad de los ciudadanos de un modo inadmisibles, por cuanto quedaba facultada para indagar sobre sus actividades y patrimonio por razones impositivas. Aparecían latentes en el trasfondo de tal discusión las tensiones derivadas del paso de un Estado liberal a un Estado social en el que la dotación de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad prestacional se asimila paulatinamente a otros bienes jurídicos supraindividuales que pasan a considerarse, junto con los intereses individuales, condiciones esenciales de la realización de los individuos en la sociedad civil.

⁵²⁶ En efecto, la inclusión del delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, como antecedente inmediato del delito fiscal, dentro del título “de las falsedades” suscitó gran confusión en la doctrina: mientras que un sector se inclinó por considerar que con él se tutelaba la fe pública, la mayoría de autores estimó que se trataba de una ofensa a la economía nacional o a la Administración del Estado. Otras corrientes opinaron que constituía un delito contra el Erario público, o una modalidad de desobediencia al incumplirse un requerimiento. Vid. APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1990, pp. 32 y ss.

En este contexto, como se ha dicho, no fue hasta el año 1977 que los Poderes Públicos abordaron con un mínimo rigor la regulación del delito fiscal como norma de cierre de los preceptos administrativos sancionadores en la materia, con el objeto de perseguir las conductas elusivas más graves, incluso con penas privativas de libertad. En la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, se indicaba que la figura del delito fiscal “está concebida para que juegue el papel que le es propio en la mayor parte de las legislaciones tributarias modernas, contribuyendo a mejorar el grado de sinceridad tributaria, a la vez que permite sancionar, con todo rigor, aquellas conductas fraudulentas que tengan especial trascendencia económica o social”⁵²⁷.

En todo examen de los delitos fiscales debe tomarse en consideración la circunstancia de que los ilícitos en materia tributaria se hallan contemplados en dos clases de normas distintas, penales y administrativas. Algunas corrientes se han servido de este dato para plantear la posibilidad de regular el delito de defraudación tributaria en una ley penal especial, con el argumento de que ello permitiría una exhaustiva concreción de qué conductas constitutivas de fraude deben ser elevadas a la categoría de delito. Otros sectores incluso han llegado a considerar más adecuada la ubicación de los delitos fiscales en la Ley General Tributaria, de modo que ésta contemple los delitos fiscales junto a las infracciones tributarias de carácter administrativo. El legislador ha optado sin embargo por encuadrar los delitos fiscales en el Código Penal, y los ha dotado de un contenido propio mediante la creación, a partir de la LO 2/1985, de 29 de abril, de Reforma del Código Penal, de un título específico bajo la rúbrica de “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”.

En virtud de esta ubicación sistemática, quedan fuera del debate sobre el objeto de protección ciertas distorsiones interpretativas, en otros tiempos menos susceptibles de ser rechazadas de plano. Como decía, el legislador de 1870 ubicó el delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, como antecedente inmediato del delito fiscal, entre las falsedades, lo que motivó que amplios sectores doctrinales se inclinaron por sostener que con él se protegía la fe pública. Esta postura fue progresivamente abandonada,

⁵²⁷ Aunque con esta reforma se incorporó por primera vez de forma expresa el delito fiscal en el Código Penal, no arreciaron los debates entorno al bien jurídico al ubicarse el nuevo precepto en el lugar que ocupaba el anterior delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria. *Ibidem*. pp. 34 y ss.

primero, con la aprobación de la Ley 50/1977, de 14 de diciembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, en virtud de la cual la “ocultación fraudulenta de bienes o de industria” pasó a denominarse “delito fiscal”; después, con la LO 2/1985, de 29 de abril, mediante la que se creó el mencionado título específico para los delitos fiscales⁵²⁸. Esto propició un aumento de las voces según las cuales los delitos fiscales constituían una ofensa a la economía nacional o a la administración del Estado.

Como en el resto de tipos penales, dentro de la labor exegética de los delitos fiscales la jurisprudencia parte de que los bienes jurídico-penales deben ser compatibles con los valores reconocidos por la Constitución⁵²⁹. Ésta dispone en su art. 31.1 que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Sin duda la efectividad de este precepto está estrechamente vinculada a la consecución de valores superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1 CE). Según algunos sectores, esto permite hallar en el cumplimiento de las normas fiscales un fundamento constitucional. Si la justicia y la igualdad son dos de los objetivos nucleares de una sociedad democrática como la instaurada por la Constitución de 1978, éstos no podrían alcanzarse plenamente sin un sistema tributario equilibrado y eficaz inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Por otro lado, sin los recursos económicos necesarios para ello, los poderes públicos no pueden servir al interés general mediante el cumplimiento de las obligaciones que les exige la Ley, como son la promoción de unas condiciones favorables para el progreso social y económico, así como para una distribución de la renta más equitativa (art. 40.1 CE). Estas imbricaciones de los delitos fiscales con intereses individuales reconocidos constitucionalmente son a día de hoy pacíficamente admitidas por la jurisprudencia (STS de 27 diciembre de 1990, caso “Lola Flores”).

⁵²⁸ Sobre como la LO 2/1985 vino a resolver el problema de la ubicación sistemática del delito fiscal al enmarcarlo en un título propio y específico – “Delitos contra la Hacienda Pública” –, *Ibidem*. pp. 37 y 39.

⁵²⁹ Según MELLADO BENAVENTE (coord.), *El delito fiscal*, Ed. CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2009, p. 57, “el bien jurídico protegido por el Delito contra la Hacienda Pública es nuestro sistema tributario, imprescindible en la sociedad democrática instaurada en nuestra Constitución, que tiene como pilares básico la justicia y la igualdad, para cuyo cumplimiento necesitamos nuestro sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad”.

Obviamente, no todo ataque contra el sistema tributario merece reproche penal, sino sólo los más graves. Si una conducta defraudadora no reviste suficiente entidad como para demandar castigo penal, debe ser sancionada por vía administrativa, conforme a las normas establecidas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). La Hacienda Pública se configura entonces como un bien jurídico de carácter supraindividual tutelado por distintas ramas del Ordenamiento. Con él se protege la contribución de todos los ciudadanos a los gastos públicos según su capacidad económica y mediante un sistema tributario justo, basado en la igualdad y la progresividad. Se protegen por lo tanto algunas de las condiciones del orden económico, y por consiguiente del orden social. Puede afirmarse que se trata de un bien jurídico supraindividual al carecer el interés en un correcto funcionamiento de la Hacienda Pública de titulares determinados o determinables. Su legitimidad residiría en la circunstancia de haber sido identificado como un valor socialmente prevalente con arreglo a procedimientos democráticos formalizados, unida a la de su compatibilidad con los principios programáticos de la Constitución⁵³⁰.

En la discusión en torno a si los bienes jurídicos supraindividuales disponen de algún referente individual, en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública se solapa otro debate acerca del carácter más o menos patrimonialista del bien jurídico. Mientras algunos autores defienden que con ellos se protege el patrimonio de la Hacienda Pública en su vertiente relativa a la recaudación tributaria, otros afirman que se tutelan el conjunto de funciones de aquélla, esto es, no sólo la función recaudatoria, sino también la distribución equitativa de la carga impositiva y de la asignación de los recursos públicos, en el marco de una determinada política económica y social.

4.3.2. Concepciones favorables a la ausencia de bien jurídico o al carácter formal del bien jurídico supraindividual

Según estas posturas, felizmente denostadas en la actualidad, no existiría una diferencia sustancial entre el ilícito administrativo y el penal, por cuanto la característica esencial de todas las infracciones tributarias sería la violación de una orden de la

⁵³⁰ Evidentemente, los delitos de defraudación tributaria tienen un contenido económico, si bien los intereses patrimoniales que se protegen no pertenecen a sujetos concretos, como aclara APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, pp. 38 y 39.

Administración Pública⁵³¹. Serían de este modo los delitos tributarios puras infracciones formales no susceptibles de ser reconducidas a conductas socialmente reprobables. Ello se fundamentaría en que la relación existente entre el Estado impositor y el contribuyente es de simple sujeción, de manera que la norma tributaria carecería de todo sustrato material vinculado a la realización del interés general, por lo que la infracción así configurada se transformaría en mera desobediencia⁵³². Una de las razones de la inadmisibilidad de esta visión es que el fundamento de las normas tributarias radica justamente en la resolución de un conflicto de intereses contrapuestos entre ciudadanos mediante la redistribución de la renta. Imponiendo al particular el pago de los tributos, el Estado está dando preferencia a los intereses generales frente a los individuales, por lo que no puede identificarse la conducta delictiva con la simple desobediencia a la voluntad estatal de imponer tributos, ni el bien jurídico con la lealtad o veracidad de la actuación del contribuyente para con el Fisco⁵³³.

Anteriormente se ha indicado que todos los delitos suponen una toma de postura normativizada, ante una determinada colisión de intereses. Algunas de las colisiones de intereses que se producen en el campo de los delitos socioeconómicos son las relativas a las tensiones entre iniciativa pública y privada, entre libertad de mercado y regulación, entre intereses de los empresarios e intereses de los trabajadores. Ciertamente, el conjunto del sistema tributario está orientado a la resolución de un determinado conflicto social en el que se confrontan intereses individuales y colectivos. Como se ha indicado, en el texto constitucional es posible hallar el marco general en el que las soluciones a dicho conflicto deben tener cabida, al predeterminar desde una vertiente sustantiva los ejes esenciales de la regulación tributaria, habida cuenta de que reconoce positivamente principios como los de igualdad, solidaridad y no confiscación. Estos

⁵³¹ Desde esta perspectiva se entiende que la relación jurídica establecida entre el impositor y el contribuyente se articula sobre la base de la colaboración, de modo que el sujeto activo del delito infringiría una suerte de deber jurídico de cooperación o, desde otra óptica, de lealtad o veracidad de su comportamiento para con la Hacienda Pública. Llega a la misma conclusión, AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria...*, pp. 55 y ss.

⁵³² De verse en el delito fiscal una vulneración del deber de lealtad debida al Estado, en el fondo se perseguiría una actitud de fidelidad difícilmente compatible con los valores del actual diseño constitucional, según constata APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, pp. 36 y ss.

⁵³³ A propósito del paso del Estado liberal al Estado intervencionista, el cual explicaría en parte la aparición de los delitos fiscales, AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria...*, p. 34, expone que “el fenómeno de la intervención del Estado en la fiscalización, regulación y gestión de las actividades económicas, marca la transformación del mismo pasando a un sistema económico en el que la planificación recibe un respaldo ideológico importante para su paulatina implementación en los esquemas de la actividad económica de los Estados”.

principios son la base axiológica sobre la que deben interpretarse los delitos fiscales, al erigirse en garantía fundamental de las posibilidades de desarrollo social de los ciudadanos mediante el aseguramiento de una justa distribución del gasto público y la limitación frente a posibles actuaciones arbitrarias de la Administración. El presupuesto de esta visión es una caracterización no estrictamente patrimonialista de la actividad tributaria, por medio de la que se realizaría la total actividad financiera del Estado a fin de fomentar determinados aspectos sociales en el sistema económico⁵³⁴.

Tanto si se considera que con los delitos fiscales se protege el interés patrimonial de la Hacienda Pública, como el conjunto de potestades de las que ésta está investida para la exacción de los tributos, el objeto de protección penal no encuentra un referente en los valores a cuya consecución se destina el conjunto del sistema tributario⁵³⁵. El consenso político alrededor del contenido económico de la Constitución se articuló en torno a la idea de que el mercado no se autorregula espontáneamente por medio de un equilibrio natural de las fuerzas que lo componen, lo que llevó a la configuración de un sistema de economía mixta, dentro de los límites del cual debe caber cualquier programa económico. Se intentaron combinar de este modo la iniciativa pública y la privada, con la prohibición de anular por completo la libertad empresarial. En este orden de cosas, con los delitos fiscales, junto con el resto de delitos socioeconómicos, se tutela la llamada “Constitución económica”. Según la jurisprudencia mayoritaria, ésta no se protege en tanto que conjunto de estructuras definitorias del modelo económico vigente, sino como conjunto de valores colectivos que en un Estado social cumplen la función de promover el progreso social individual o de remover los obstáculos a él⁵³⁶.

4.3.3. Concepciones materiales del bien jurídico supraindividual

⁵³⁴ Como observa AYALA GÓMEZ, “que se infringe un deber, obligación o cumplimiento de una carga impuesta, es obvio. Y no solamente se infringe la derivada del pago de la cuantía debida a la Hacienda, sino que, efectivamente, se incumplen otros deberes específicos, como el de suministrar información veraz, que encuentran su origen en el seno de las potestades que integran la denominada ‘función tributaria’. Precisamente ese poder de imposición comporta el nacimiento de concretos deberes y sujeciones para el sujeto pasivo tributario, pero, no se olvide, en orden a la correcta recaudación y exacción de los tributos, luego son instrumentales del fin primordial”. *Ibidem*. p. 76.

⁵³⁵ Las posturas que negaban la existencia de un bien jurídico afectado en el delito tributario y que, por lo tanto, no veían en éste otra cosa que comportamientos de mera desobediencia a los que les faltaba la característica de la antijuridicidad material, se enmarcaban generalmente dentro de las corrientes críticas que abogaban por la destipificación de esas conductas. Vid. GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes...*, pp. 47 y ss.

⁵³⁶ Un concepto material de delito, como conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, proscribía la incriminación de comportamientos de mera desobediencia por la infracción de preceptos de policía. *Ibidem*. pp. 20 y ss.

a) Concepciones exclusivamente patrimonialistas

Algunos sectores propugnan que el delito fiscal es un delito contra el patrimonio, por lo que el bien jurídico protegido consistiría en la recaudación total de la Hacienda Pública, la cual se vería mermada como consecuencia de la infracción de un deber de contribución fiscal que comporte la no recaudación de un impuesto particular⁵³⁷. Esto menoscabaría el derecho de crédito de la Hacienda Pública. En cambio, otras posturas sostienen que el bien jurídico es el patrimonio de la Hacienda Pública en general. Ambas visiones estiman que no basta con la lesión del derecho de crédito de la Hacienda Pública frente al contribuyente, sino que además es necesario que ésta sufra un perjuicio patrimonial. Algunas de estas tesis reconocen la existencia de un bien jurídico mediato o inmaterial, representado por la integridad de las funciones que los tributos están llamados a cumplir, pero no le conceden relevancia típica porque no podría ser lesionado por el comportamiento defraudatorio individual.

Sintetiza las posturas según las cuales el bien jurídico consiste en la deuda tributaria singularizada que ha dejado de ingresar el contribuyente, causando un perjuicio concreto y cuantificado a la Hacienda Pública, la STS de 10 de octubre de 2001 cuando señala “que el bien jurídico protegido es la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal y no la recaudación correspondiente a cada impuesto en particular. Ello permitiría que toda infracción de un deber fiscal cualquiera configure ya una única infracción genérica que abarcaría en unidad de acción todas las infracciones particulares de las distintas leyes fiscales. Consecuentemente, al haber sido imputada una cooperación el delito fiscal contra el IRPF en la denuncia inicial del Ministerio Público, se habrían denunciado ya todos los hechos imaginables de infracciones fiscales.

Este punto de vista es rechazado en la teoría del derecho penal fiscal, en la que se afirma que ‘se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares’. La ley penal vigente no es ajena a esta concepción teórica y ello tiene un reflejo preciso en la estructura del tipo penal del art. 305 CP, configurado como una ley penal en blanco, que remite (implícitamente) a la infracción de

⁵³⁷ Así lo expone GRACIA MARTÍN: “un amplio sector de la doctrina española, que en los momentos actuales no puede considerarse ya mayoritario, entiende que el bien jurídico protegido por los delitos contra la Hacienda Pública, en general, y por los delitos tributarios, en particular, es el patrimonio del Erario público, con la matización de que dicho patrimonio se caracterizaría, frente al de los particulares, por su afectación a la satisfacción de necesidades colectivas, es decir, por su funcionalidad para el orden socio-económico”. *Ibidem.* p. 50.

deberes fiscales especiales derivados de las leyes que disciplinan cada especie de impuesto. En este sentido es evidente, ante todo, que cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del ‘pago de tributos’ se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, pues, de lo contrario, no se hubiera utilizado el plural de ‘tributos’. Pero, más allá del texto legal existe una necesidad lógica de remisión a los deberes que surgen de cada ley fiscal particular: el deber de pagar está condicionado en cada una de ellas por hechos imponibles diferentes, por ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios fiscales diversos”.

Entre los sectores partidarios de entender que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Hacienda Pública en general, destaca la STS 1505/2005, de 25 de noviembre, al postular que “el delito fiscal, en su modalidad de elusión del pago de tributos, se configura como un delito de infracción de deber. Concretamente del deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos. Así se establece en la STS 2069/2002, de 5 de diciembre: ‘Aunque el artículo 305 del Código Penal vigente se refiere ya al ‘que por acción u omisión’ defraude a la Hacienda, el delito fiscal, al menos en la modalidad de elusión del pago de tributos, que aquí interesa, se configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, conducta esencialmente omisiva. Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria (STS 1940/2000, de 18 de diciembre). También se refieren a su consideración como delito de resultado las SSTS 797/1999, de 20 de mayo; 181/1993, de 9 de marzo; 3 de diciembre de 1991; 27 de diciembre de 1990; 2 de marzo de 1988, haciendo referencia todas ellas a la necesidad de que el perjuicio causado supere determinadas cifras, variables en función de la legislación vigente en la fecha en que ocurren los hechos”’.

Todas estas teorías se fundamentan en la antigua teoría del impuesto-cambio, según la cual el tributo representa el precio que el contribuyente paga al Estado por los servicios públicos que éste le suministra. Esta visión está en la actualidad prácticamente abandonada por las modernas concepciones de la Hacienda Pública, en las que el impuesto no se basa en el intercambio, esto es, en la lógica prestación-contraprestación, sino en un principio de solidaridad social según el cual el coste de un servicio público recae sobre los miembros de la colectividad, debiendo sufragarlo cada persona en función de su capacidad contributiva. Son así mayoritarias las opiniones según las cuales no solamente se protege el patrimonio de la Hacienda Pública, de modo que la estructura del delito no podría configurarse como una suerte de infracción patrimonial de la que aquella sería el sujeto pasivo. Se afirma entonces que, si bien al final el

perjuicio es económico, lo que justifica la reacción penal es la vulneración de los principios de solidaridad tributaria.

Puede concluirse entonces que la jurisprudencia ha ido abandonando aquellos planteamientos según los cuales el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es exclusivamente el patrimonio del Erario Público, es decir, el patrimonio afectado a la satisfacción de necesidades colectivas dada su funcionalidad para el orden socioeconómico. Como consecuencia de ello, el bien jurídico ha ido adquiriendo connotaciones individuales. La circunstancia de que el tributo sea un medio de captación de ingresos públicos, unida a la de que el fraude fiscal ocasione una disminución de los mismos (elusión) o un aumento del gasto fiscal (obtención indebida de beneficios fiscales), con el consiguiente daño patrimonial para la Hacienda Pública, no implica que con los delitos tributarios se proteja sólo el patrimonio del Erario Público⁵³⁸. La noción de patrimonio público sería insuficiente para captar el injusto específico de los delitos tributarios, habida cuenta de que también otros delitos comportan un perjuicio para el Erario Público – por ejemplo, el delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432 del CP –.

Por otro lado, ninguna defraudación individual – incluso aquellas cuyo importe es comparativamente más elevado – representa un daño grave para los ingresos tributarios si se compara con el conjunto del presupuesto público. Por lo tanto, desde una óptica estrictamente patrimonialista, las defraudaciones individuales deberían valorarse en principio como daños penalmente insignificantes. Asimismo, si el injusto específico del delito fiscal se fundamenta en el efectivo perjuicio económico irrogado a la Hacienda Pública, no podría valorarse la capacidad contributiva del sujeto en la determinación de la gravedad de la conducta. Aunque desde la perspectiva del desvalor de la conducta sea portadora de un mayor contenido de injusto por ejemplo una defraudación por valor de 122.000 euros que otra de 300.000 euros, si la primera representa el 100% de la deuda debida y la segunda sólo el 25% de la cuota de quien sin embargo ingresó 900.000 euros en las arcas públicas. No obstante, desde la perspectiva del perjuicio económico

⁵³⁸ Aunque no existe un genérico deber constitucional de lealtad o colaboración de los contribuyentes, lo cierto es que éstos tienen la obligación de contribuir a los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, de modo que la conducta consistente en eludir esa obligación, a través de una falta de contribución o de una contribución insuficiente, supone un atentado al elemental principio de solidaridad sobre el que se organiza la convivencia social. Cfr. AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria...*, pp. 57 y ss.

ocasionado, sería más grave la defraudación de 300.000 euros que la de 122.000 euros, toda vez que con la primera el Tesoro Público dejaría de ingresar una cantidad económica superior.

Todos estos problemas convierten en preferible la opción de identificar en el bien jurídico intereses distintos de los estrictamente patrimoniales, algunos de ellos de carácter individual. Si bien los delitos fiscales están destinados inmediatamente a la consecución de ingresos públicos con los que satisfacer los gastos públicos, ésta no es su única función, al poder servir de forma mediata a otros fines como el de proporcionar los medios económicos necesarios para que el Estado logre sus objetivos, articulados todos ellos alrededor del supremo interés en alcanzar las mayores cuotas posibles de prosperidad social. De este modo la actividad tributaria tendría carácter instrumental respecto de un orden económico-social más justo.

En relación con la existencia de un referente individual en los bienes jurídicos colectivos, una de las discusiones que más eco mediático ha tenido en los últimos tiempos ha sido la suscitada a propósito del llamado “caso Noos”, relativa a la supuesta falta de legitimación de la acusación popular para ejercitar en solitario la acción penal por delito fiscal contra uno de los investigados – alegada por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y las defensas –. Dicha cuestión procesal estaba íntimamente conectada al debate sustantivo acerca de si con la figura del delito fiscal se afectan intereses individuales del conjunto de ciudadanos, en cuyo caso podría estar justificada la pretensión de la acusación popular de sostener en solitario la acusación por dicha infracción, o si, por el contrario, sólo se menoscaba un interés supraindividual y, por consiguiente, únicamente el Estado puede considerarse perjudicado. La Audiencia Provincial de las Illes Balears zanjó definitivamente la polémica a favor de la primera opción a través de su Auto de 29 de enero de 2016.

La defensa del investigado en cuestión fundamentó su tesis acerca de la falta de legitimación de la acusación popular para ejercitar en solitario la acción por presunto delito fiscal al amparo de la conocida como “doctrina Botín”, sentada por la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, por la que se interpreta el art. 782.1 de la LECrim. La doctrina jurisprudencial nacida con esta sentencia y que supone una restricción al ejercicio de la acusación popular, y de las SSTS 54/2008, de 8 de abril, y 8/2010, de 20

de enero, que la matizan, se articula en torno a una interpretación literal de la exclusión de “quienes no son directamente ofendidos” para solicitar por sí mismos la apertura de juicio oral contenida en el art. 782.1 LECrim. Este criterio se asienta, por lo tanto, en la consideración de que este precepto alude a la acusación particular en sentido técnico-jurídico, es decir, se refiere limitadamente a la legitimación que ostenta el perjudicado u ofendido por el delito, con exclusión del acusador popular. Así pues, en virtud de tal criterio, si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitan el sobreseimiento, el Juez se ve abocado a acordarlo, al carecer de este modo el acusador popular de legitimación para sostener la acusación en solitario. La aportación de la posterior STS 54/2008, de 8 de abril, relativa a supuestos de intervención exclusiva del Ministerio Fiscal como acusador, se refiere a que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del delito inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Por lo tanto, este efecto no se produce en aquéllos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan sólo como una acusación popular que insta la apertura de juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, al intervenir como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. En consecuencia, la acusación popular se vería plenamente legitimada para accionar en solitario únicamente cuando, por un lado, el delito protegido proteja un bien jurídico de naturaleza difusa, colectiva o de carácter supraindividual; y, por otro lado, por la naturaleza del delito no exista un perjudicado u ofendido concreto o, concurriendo, no se haya personado en la causa.

La Sala considera no aplicable tal doctrina al supuesto de autos, en primer lugar, porque a su juicio la doctrina emanada de la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, desnaturaliza la institución del acusador popular amparándose en lo que estima una interpretación asistemática de la norma penal en cuestión. Así las cosas, entiende la Sala que una interpretación literal del art. 782.1 LECrim. contraviene la sistemática del texto procesal, al tiempo que se aparta de la finalidad del legislador con la reforma operada mediante la LO 38/2002, consistente en garantizar la posibilidad de que la acusación popular actúe en igualdad de condiciones en relación con las demás partes personadas.

En segundo lugar, razona la Sala la falta de identidad entre los supuestos comparados, toda vez que en el caso planteado el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado no pretenden, como ocurrió en el caso examinado en la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, el sobreseimiento libre de toda la causa, sino que consideran que se produjo una defraudación a la Hacienda Pública pero solicitan el sobreseimiento parcial concernido exclusivamente a un investigado, al que considera mero partícipe a título lucrativo del delito fiscal, y en consecuencia sostienen la acusación frente a otros investigados.

En tercer lugar, estima la Sala que la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP neutraliza el efecto excluyente de la acción popular, toda vez que, aun cuando fuera posible identificar un perjudicado concreto y específico por el delito, no sería con carácter exclusivo un determinado Organismo Público que monopolice todo el desvalor de la conducta. Así las cosas, se argumenta que la lesión del bien jurídico protegido provoca un detrimento en el presupuesto necesario para procurar una asignación equitativa de los recursos públicos y compromete la consecución de las finalidades de la política económica y social que deben ser garantizadas en un Estado Social y Democrático de Derecho. Según ello, ni el bien jurídico protegido sería en exclusiva el Erario Público ni existiría un único y concreto perjudicado encarnado por la Hacienda Pública estatal. Por lo tanto, a pesar de ser la Abogacía del Estado la titular del derecho al ejercicio de la acción penal en defensa de la Hacienda Pública, su personación en el acto de juicio oral se estima que no colma la protección total del desvalor de la conducta.

En cuarto lugar, como consideración final, la Sala postula que, si el espíritu de la doctrina invocada por la defensa es el de evitar la personación en el proceso de acusaciones populares cuya única finalidad sea generar un efecto perturbador en el procedimiento – p.ej., por supuesto afán de notoriedad –, por sostener acusaciones infundadas o carentes de cualquier sustento típico, la legislación actual prevé mecanismos de corrección como la exigencia de fianza, la evitación de actuaciones procesales espurias mediante la exigencia de respeto al principio de buena fe procesal, así como el control que en el trámite de apertura de juicio oral prevén los arts. 654 y 783 LECrim.

b) Concepciones no exclusivamente patrimonialistas

Bajo este prisma el bien jurídico representado por la Hacienda Pública no se entendería como conjunto patrimonial – es decir, en sentido objetivo, como conjunto de bienes, derecho y obligaciones de titularidad estatal –, sino como sujeto titular de funciones públicas – es decir, en sentido funcional, como sujeto encargado del desarrollo de determinada actividad –⁵³⁹. El contenido del bien jurídico vendría entonces definido por la función tributaria, concebida como aquella que realizan las Administraciones Públicas a fin de efectuar un reparto de la carga tributaria acorde con los principios rectores en la materia. Se tutelaría así el interés público en alcanzar una distribución de la carga tributaria compatible con el diseño general previsto en las leyes integradoras del sistema tributario. Pero si a esta visión no se le añade nada más, existe el riesgo de acabar incriminando la mera infracción de un deber, en concreto de los deberes tributarios que afectan a la actividad financiera del Estado dirigida instrumentalmente al desempeño del resto de tareas públicas. De esta manera el objeto de protección no serían los fines de la función tributaria, consistentes en un reparto equitativo de los gastos públicos, sino la actividad tributaria entendida como ejercicio de la actividad administrativa en lo que a la gestión de los tributos se refiere. Por lo tanto, si la función tributaria se concibe como una variante de la actividad económica en general, el bien jurídico carece de cualquier referente individual que neutralice el riesgo de concebirlo formalmente.

Estas objeciones llevan a la jurisprudencia mayoritaria a considerar que en puridad los delitos fiscales no protegen la Hacienda Pública en sentido funcional, sino las funciones de los tributos. Los fines de la función tributaria serían de esta manera los establecidos en el art. 31.1 de la CE: la contribución de todos al sostenimiento del gasto público de acuerdo con los principios de igualdad y progresividad. Las funciones de los tributos consisten según ello en recaudar ingresos públicos y conformar un instrumento de la política económica general, así como en satisfacer las exigencias de estabilidad y progreso social mediante una correcta redistribución de la renta. Se protegerían de este

⁵³⁹ Desde esta perspectiva el bien jurídico del delito fiscal consistiría en el correcto desarrollo de la función tributaria, como interés público en una correcta aplicación de las normas tributarias, en concreto en lo que se refiere a un adecuado reparto de la carga impositiva de acuerdo con el diseño general y abstracto previsto en la Ley y, en última instancia, también con arreglo a los principios que por mandato constitucional deben informar el sistema tributario. Abundando en ello, AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria...*, pp. 69 y ss.

modo los principios materiales de la justicia tributaria, tras los cuales podrían advertirse intereses individuales. El objeto de protección de los delitos fiscales estaría formado entonces por las funciones que todo tributo está llamado a desempeñar: financiera, de justicia y político-social. Desde luego esto no supone negar que la efectiva realización de esta triple función sólo puede alcanzarse con el ingreso de las deudas tributarias legalmente debidas, por lo que toda infracción tributaria – penal o administrativa – tendría también por objetivo alcanzar las previsiones de recaudación tributaria.

De este modo se evita fundamentar el injusto en la simple infracción formal de un deber tributario, así como en la mera lesión de un derecho patrimonial de la Hacienda Pública⁵⁴⁰. A parte de todo esto, es necesario también que el comportamiento lesione las funciones de justicia y político-sociales del tributo⁵⁴¹. Por otro lado, esta visión no plantea problemas para considerar que el obligado tributario se erige en garante del bien jurídico, ni por lo tanto para afirmar la tipicidad penal de la omisión de un deber tributario, toda vez que el deber de contribuir está dentro de su ámbito de dominio al fundamentarse en principio en su capacidad económica.

Aunque el crédito tributario es el objeto material del delito fiscal, éste no se concibe como una modalidad de delito patrimonial. Por lo tanto, en principio guardaría más relación con los delitos socioeconómicos, al no atacarse directamente el patrimonio de personas individuales, el cual sólo puede resultar indirectamente afectado. Ciertamente no puede concretarse qué perjuicio se ocasiona en el patrimonio individual de las personas, por lo que se ataca el patrimonio de todos en tanto que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. Aunque se ataque el patrimonio de todos los ciudadanos, ninguna corriente jurisprudencial sostiene en la actualidad que el bien jurídico sea la suma de los patrimonios individuales de los ciudadanos.

⁵⁴⁰ Sobre los esfuerzos de la doctrina española para perfilar un bien jurídico propio para los delitos tributarios en el que la dimensión patrimonial sea menos relevante, GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes...*, pp. 64 y ss.

⁵⁴¹ Alerta de los riesgos de orientar la Administración Tributaria hacia su propia “autoprotección” de entenderse que el objeto de protección es el desarrollo de una actividad administrativa, AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria...*, p. 75: “con ello se estaría otorgando la razón a la teoría de García de Enterría en el sentido de que la persecución de la efectividad de sus propias normas por la Administración, es una finalidad de autoprotección, de tutela del orden administrativo interno o doméstico. Tal sospecha lleva a rechazar la categoría de la función tributaria como objeto de protección de la norma penal”.

En este orden de cosas, la actividad inspectora es una exigencia inherente al “sistema tributario justo” que la Constitución consagra en su art. 31.1, al ser la lucha contra el fraude fiscal una garantía de distribución justa de la carga fiscal, y por lo tanto un mandato para los poderes públicos. Esto coadyuva a la identificación de un referente individual en el bien jurídico supraindividual, de modo que el objeto perturbado no sea únicamente el patrimonio estatal, sino también los principios de igualdad y justicia en los que se cimienta una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, los cuales son presupuesto de una gestión tributaria eficaz, en concreto de un correcto funcionamiento de la actividad recaudatoria.

Según ello, la conclusión a la que mayoritariamente llega la jurisprudencia es que el bien jurídico protegido en el delito fiscal es de carácter supraindividual al ser su titularidad colectiva, en la medida que el sujeto pasivo de la infracción es el conjunto de la sociedad articulada alrededor del Estado. Su contenido material no vendría determinado sólo por la afectación del patrimonio del Estado, por lo que debe descartarse una concepción del bien jurídico desconectada de todo referente individual. Ni tampoco por la suma de los patrimonios individuales de los ciudadanos, lo que obliga a reconocer una determinada autonomía al bien jurídico respecto de dichos intereses individuales. Con el delito fiscal se tutelarían por lo tanto las funciones sistémicas de los tributos en la medida que éstas se relacionan con las posibilidades de desarrollo individual. El delito fiscal no sólo comportaría entonces una disminución de la riqueza colectiva, sino también una conducta socialmente insolidaria incompatible con los principios de un Estado social y democrático de Derecho⁵⁴². En consecuencia, como decía, el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico atacado no sería la Hacienda Pública como organismo de la Administración Pública, sino la sociedad en general, al ser ésta la acreedora de las cantidades debidas.

Se trata en suma de un bien jurídico supraindividual del que es titular la sociedad, con el que se protege una distribución justa y equitativa de la carga tributaria entre todos los contribuyentes, para hacer efectivo el sistema fiscal configurado por el art. 31.1 de la

⁵⁴² El debate en torno a la protección penal de bienes sociales de la vida económica no puede despojarse axiológicamente de sus connotaciones ideológicas, al desbordarse con ella el viejo programa burgués en virtud del cual la intervención penal debe quedar acotada a la tutela de intereses patrimoniales individuales. *Ibidem*. pp. 34 y ss.

CE como sostén del modelo de Estado social y democrático de Derecho al que ésta se refiere en su art. 1.1. Los delitos fiscales pueden concebirse entonces como delitos pluriofensivos en los que se ataca, por un lado, el patrimonio del Estado y, por lo tanto, el de los particulares; y, por otro, las funciones de los tributos en orden al fomento del progreso social de los ciudadanos, en el marco de una correcta planificación de la vida económica de la sociedad por parte del Estado. Por lo tanto, ambas dimensiones del bien jurídico remiten a intereses individuales. La económico-patrimonial porque la tutela del patrimonio del Estado sólo tiene sentido si va instrumentalmente dirigida a la tutela del patrimonio de los ciudadanos. En cuanto a la relacionada con principios de justicia material en el campo tributario, la asignación equitativa de las cargas y recursos públicos puede concebirse como una de las condiciones para garantizar un estándar mínimo de opciones de participación social a los ciudadanos. Esto pone de manifiesto que los intereses individuales presentes de un modo más o menos directo en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no sólo son la vida o la salud de las personas, sino que pueden ser otros de contenido económico o pueden estar vinculados a otras condiciones de las posibilidades de participación social de los ciudadanos. Ahora bien, estos referentes individuales no impiden reconocer un determinado nivel de autonomía a la Hacienda Pública como bien jurídico supraindividual, en el sentido de entender que lo inmediatamente protegido en él son las funciones sistémicas de los tributos de orden patrimonial y de justicia social, es decir, la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.

Demuestra el carácter no exclusivamente patrimonial de los delitos fiscales el dato de que sistemáticamente están previstos en un título propio, distinto del que regula los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. No obstante, tampoco el contenido de la noción de orden socioeconómico es exclusivamente patrimonialista. Si bien su significado no es unívoco, al subyacer en cada una de las formas de conceptualizarlo una determinada ideología, lo cierto es que existe consenso valorativo en que con la tutela del orden socioeconómico no se protege la economía de mercado en sentido puro – es decir, los valores y principios liberales del sistema económico –, sino valores jurídico-constitucionales relacionados con las condiciones que hacen posible la vida social en un Estado social y democrático de Derecho⁵⁴³.

⁵⁴³ Desde una postura estrictamente patrimonialista, para la defraudación típica sería suficiente la conducta de perjudicar injustamente los derechos económicos de la Hacienda Pública. En cambio, desde

Abundan los pronunciamientos jurisprudenciales en los se vincula la Hacienda Pública con las posibilidades de participación social de los individuos. Entre ellos, destaca la STS 643/2005, de 19 de mayo: “cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica, radica en la inadmisión vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática.

Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se puede compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas”. Con idénticos o parecidos argumentos se expresa la STS 952/2006, de 6 de octubre, o el propio Tribunal Constitucional cuando en la STC 76/1990, de 26 de abril, viene a postular que la recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos e incide en la naturaleza misma de la relación tributaria. Según dicha resolución, para los ciudadanos este deber constitucional implica una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales. Para los poderes públicos este deber constitucional comporta también exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes. Por lo tanto, se dice, la ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a “un sistema tributario justo” como el que la Constitución propugna en el art. 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal sería un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. El mismo criterio es seguido por el TC en otras sentencias como las SSTC 233/2005, de 26 de septiembre o 110/1984, de 26 de noviembre.

una óptica no exclusivamente patrimonialista, debería mediar engaño en la defraudación. Vid. APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, pp. 49 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 41.

Por último, debe subrayarse por su singular interés la SAP de Barcelona 329/2004, de 7 de julio, cuando preconiza que “el bien jurídico protegido mediante la prohibición bajo pena de conductas como las que son objeto de investigación en esta causa, no es otro que el monto económico o Patrimonio Público derivado del deber cívico-social de tributar, de que dispone -y tiene derecho a disponer- la sociedad articulada en un Estado Social y Democrático de Derecho para subvenir a las necesidades públicas, procedentes de los tributos como forma legal de obligada cooperación e intervención en el bienestar común”, visión ésta que desarrolla la contenida, entre otras resoluciones, en la SAP de Barcelona de 2 de junio de 1998.

Así las cosas, los delitos fiscales cumplirían funciones sistémicas relativas a la consecución de un reparto justo de la carga fiscal, como una manifestación más de la planificación general que realiza el Estado del modelo de economía de mercado, pero al mismo tiempo también contribuirían a asegurar funciones político-sociales de los tributos de carácter individual. En consecuencia, la conducta típica debe repercutir negativamente en la capacidad del Estado para suministrar a los ciudadanos aquellos medios de vida materiales que se considera que está obligado a proporcionar, al contemplarse como condiciones esenciales o indispensables para un mínimo desarrollo social individual y, por lo tanto, inherentes a un determinado modelo político o, cuanto menos, a una concreta orientación de la actividad estatal.

VI. Modalidad de ataque en los delitos de peligro abstracto

1. Introducción

Según se ha visto, los tipos penales que tutelan bienes jurídicos supraindividuales son de lesión o peligro en función de cómo se conciban estos últimos. Si se conciben como valores sin un referente individual, la forma de ataque consiste en la lesión del ámbito de organización social protegido⁵⁴⁴. Por el contrario, si se conciben como valores con un

⁵⁴⁴ Desde esta perspectiva, con la infracción de un deber negativo el autor ampliaría su propio ámbito de organización a costa de los demás; es decir, se infringiría la prohibición de no dañar a otros a través de la configuración del propio ámbito de organización. Por el contrario, los deberes positivos serían los dirigidos a garantizar la existencia no disminuida, o incluso el fomento, de un círculo de organización, por lo que su infracción daría lugar a la imputación del resultado en comisión por omisión. Existe en la doctrina una tendencia a asimilar la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión, en cuyo caso las conductas omisivas infringirían deberes positivos mientras que las activas infringirían deberes negativos. Niega esta correspondencia con el argumento de que los deberes en principio negativos pueden incluir deberes positivos y viceversa, ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal...”, pp. 4 y ss.

referente individual, la conducta debe ser *ex ante* objetivamente peligrosa para los intereses individuales presentes en ellos, sin que éstos deban consistir necesariamente en la vida o la salud de las personas. Ante esta dialéctica aquí se ha optado por estimar que los bienes jurídicos supraindividuales tutelan funciones sistémicas, lo que implica dotarlos de una cierta sustantividad propia, pero no sólo por su utilidad en aras a la preservación del propio sistema social en sí, sino también por su utilidad individual. Los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales deben tener por lo tanto un significado comprometedor de las individuales posibilidades de participación social.

Por ejemplo, a propósito de los delitos contra la seguridad vial, la conducta consistente en conducir superando determinadas tasas de impregnación etílica es en abstracto peligrosa para la vida o la salud de las personas. En cambio, la seguridad vial como tal se ve lesionada si se hace abstracción de los intereses individuales que pueden verse implicados en este sector de actividad. Se concebiría desde esta perspectiva como conjunto de mínimas condiciones de seguridad en las que la sociedad considera que la circulación de vehículos a motor y ciclomotores debe desarrollarse, sin que pueda hablarse fuera de estos límites de riesgo permitido.

No obstante, ambas posturas coinciden en señalar que los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad al no exigir el tipo la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. Si se conciben como delitos de lesión, porque el bien jurídico lesionado sería inmaterial, al no ser los ámbitos de organización social tangibles en cuanto tales. Es decir, los efectos *ex post* de la conducta, relativos al resultado de lesión del bien jurídico, no producirían una modificación del mundo sensible. Del mismo modo que, si se conciben como delitos de peligro abstracto, el tipo no precisaría la causación de ningún resultado *ex post* de carácter físico-naturalístico, ni por lo tanto que la conducta cause ningún estado empíricamente comprobable.

Ambos sectores convienen también en destacar las supuestas facilidades probatorias de los delitos de peligro abstracto, las cuales facilitarían su aplicación⁵⁴⁵. Sin embargo, estas facilidades probatorias procederían en puridad de su condición de delitos de mera actividad, es decir, de la circunstancia de exonerar el tipo del deber de verificar la

⁵⁴⁵ Partiendo de una teoría constitucional del bien jurídico, y admitiendo la facilidad con la que pueden ser aplicados los delitos de peligro abstracto, CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 46 y ss., denuncia las tensiones que se producen entre, por un lado, las necesidades de garantizar las máximas cuotas de pacífica convivencia social y, por otro, la libertad personal como valor prevalente de nuestro Ordenamiento jurídico.

producción de un resultado distinto de la conducta en un plano físico-empírico, al carecer el interés intermedio lesionado de un soporte material o tangible. Sentado lo anterior, de consistir la modalidad de ataque en la abstracta puesta en peligro de un interés individual, habrá que ver bajo qué condiciones concurre esta cualidad en la conducta. La tesis que en relación con ello va a defenderse es que los requisitos del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto consumados son los mismos que los vistos a propósito de la tentativa inidónea⁵⁴⁶.

Las diferencias en cuanto a la estructura del tipo que dimanar de cada una de las concepciones de los bienes jurídicos supraindividuales son notables. Si éstos se contemplan como intereses independientes, el tipo se consumaría con la simple lesión de los mismos. En cambio, si se conciben como intereses con un referente individual, la conducta además debería ser potencialmente peligrosa para éste. Por todo ello, en mi opinión, fundamentalmente son dos las causas explicativas de la formalización de los delitos de peligro abstracto en la que en muchas ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia incurren. En primer lugar, la dirección del bien jurídico a la tutela de simples funciones sistémicas desconectadas de todo referente individual. En segundo lugar, una concepción de la abstracta puesta en peligro del bien jurídico como simple pertenencia de la conducta a una clase de actos considerados generalmente peligrosos. En relación con esta segunda tendencia, estimo que el dato acerca de la peligrosidad de

⁵⁴⁶ Como se expuso en el capítulo anterior, la antigua polémica en relación con el fundamento de la punibilidad de la tentativa tradicionalmente se ha venido articulando en torno a dos concepciones básicas que tanto la doctrina como la jurisprudencia caracterizan con las expresiones de “teorías objetivas” y “teorías subjetivas”. La ardua discusión mantenida durante los últimos doscientos años por los partidarios de una y otra concepción ha proporcionado sin embargo unos réditos ciertamente exiguos, entre otras razones porque ambas teorías se han presentado como irreconciliables cuando, en realidad, en el análisis de un comportamiento humano hay que considerar tanto el aspecto subjetivo (“la intención delictiva”) como el objetivo (“la exteriorización de la voluntad delictiva”). Resulta en efecto imposible desde una perspectiva objetiva desconocer la importancia del aspecto subjetivo, como inimaginable resulta para los defensores de una tesis subjetiva negar toda relevancia al aspecto objetivo de la tentativa. Por lo demás, otra de las causas que ha determinado la vacuidad de dicho debate es el punto de partida ontológico de estas dos concepciones, como consecuencia del cual las llamadas teorías mixtas, pese a reconocer que es imposible comprender el fenómeno de la tentativa sin el examen de los dos aspectos mencionados, se limitaron a dar preeminencia a veces a los factores objetivos, a veces a los subjetivos. Así las cosas, los partidarios de tesis estrictamente causalistas o finalistas del injusto sólo pudieron comprender la tentativa desde un punto de vista naturalístico, al obedecer sus concepciones del delito a parámetros estrictamente ontológicos. No fue hasta el abandono de las visiones puramente naturalistas del Derecho Penal, que surgieron teorías capaces de explicar el fundamento de la punibilidad de la tentativa a partir de argumentaciones valorativas, en virtud de las cuales justificar el merecimiento de pena del hecho, con el consiguiente abandono de una delimitación exclusivamente naturalística del problema. Cabe concluir entonces que a la secular clasificación entre teorías objetivas, subjetivas y mixtas se superpone otra relativa al carácter ontológico o normativo de cada una de las posibles concepciones. Analiza exhaustivamente la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea desde una perspectiva histórica y comparada, SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 335 y ss.

la conducta no puede presumirse, no puede ser mera *ratio legis* del tipo, sino que debe comprobarse en el caso concreto de modo idéntico a como se opera en la tentativa inidónea⁵⁴⁷. Una comprobación en el caso concreto de la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta obliga a proceder a un análisis individualizado de la misma en función de todas las circunstancias cognoscibles en el momento de actuar. Según esto, los delitos de peligro abstracto no podrían calificarse de delitos de peligro presunto o hipotético, al existir el deber de corroborar en el caso concreto la objetiva probabilidad de lesión del bien jurídico individual.

Naturalmente, si el legislador incrimina un comportamiento es porque considera que el mismo es generalmente peligroso para el bien jurídico protegido, según las regularidades extraídas de la experiencia empírica⁵⁴⁸. Pero una cosa es que el motivo político-criminal de la incriminación de la conducta sea el peligro de lesión del bien jurídico, y otra bien distinta que dicho peligro pueda presumirse, con o sin admisión de prueba en contrario. Puede ocurrir que algunos de los rasgos del hecho lo identifiquen con una clase de hechos generalmente peligrosos, pero al mismo tiempo que éste tenga otras características advertibles *ex ante* que lo sitúen por debajo del estándar de peligrosidad establecido en abstracto para estas situaciones con las que presenta alguna similitud, como la concurrencia de factores que neutralizaban o minimizaban las posibilidades de producción del resultado de lesión del bien jurídico. Factores que podrían consistir en una actividad preventiva del sujeto dirigida a contrarrestar el peligro que emanaba de la conducta a través del aseguramiento en el momento de actuar de la indemnidad del interés tutelado. La necesidad de que la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico sea la *ratio decidendi* de la tipicidad es un imperativo directo del principio de ofensividad⁵⁴⁹. Por otro lado, el objeto de referencia del peligro

⁵⁴⁷ *Ibidem*. p. 339.

⁵⁴⁸ Para distinguirlas de las proposiciones jurídicas, REGIS PRADO, “La norma penal como norma de conducta...”, p. 162, afirma que las leyes de la naturaleza “son descriptivas, explican lo que el hombre cree haber descubierto en el curso de la naturaleza, y por ello son verdaderas o falsas. En términos científicos, ley es la formulación sintética de lo que realmente se verifica en el mundo de la naturaleza (esquema: Si A es, B es). El conector lógico *óntico* (*es*) indica el ser, la realidad, el hecho, la causalidad (juicio de realidad). Las leyes de la naturaleza no son normas propiamente dichas; pertenecen al mundo de la naturaleza, de la realidad (fenómenos o hechos), donde rige el principio de causalidad –nexo de causalidad (=cada fenómeno/hecho tiene una causa), y se las verifica por la experiencia, por la observación. Se manifiestan por la *explicación*: acto de describir/demonstrar el fenómeno o hecho en sus relaciones objetivas o concretas”.

⁵⁴⁹ Uno de los requisitos del principio de ofensividad es el referido a la presencia de un bien jurídico protegido en el delito de que se trate; el otro a que las conductas que el legislador haya decidido castigar

no puede ser otro que el bien jurídico. De ahí la relevancia de delimitar adecuadamente qué es lo atacado en los delitos de peligro abstracto y cómo se ataca.

Desde la filosofía política, se ha postulado que la escisión iluminista entre Derecho y Moral proscribía la posibilidad de que el Estado se inmiscuya en los valores del individuo⁵⁵⁰, lo que comporta el reconocimiento de un núcleo de autonomía ética a los sujetos sobre la base del derecho a autodeterminarse libremente como presupuesto indisociable del concepto de persona⁵⁵¹. Por lo tanto, según ello el reproche penal frente a una actuación humana en principio sólo podría descansar en su nocividad para terceros⁵⁵². Si el concepto de dignidad de la persona obliga a crear una imagen idealizada de ésta como depositaria de ciertas cuotas de libre albedrío, no puede el Estado legítimamente albergar ninguna pretensión transformadora de su sistema de valores. Como se ha dicho, si a esta consideración se le suma la necesidad de que las conductas penalmente prohibidas condicionen las posibilidades de autorealización

sean de suficiente gravedad. Mostrándose partidario de esta visión, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 188.

⁵⁵⁰ Como señala MIR PUIG, “Constitución, Derecho Penal y Globalización...”, pp. 117 y ss., en la Europa medieval el Estado se concibió en términos religiosos, como Estado confesional cristiano, y ello hacía coherente una justificación también religiosa del Derecho Penal. Tal fundamentación se mantiene en la Edad Moderna, pero el Estado evoluciona hacia el Absolutismo, de modo que el Derecho Penal se convierte en un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos. Frente a este modelo de Política Criminal del *Ancien Régime*, se alza en el S. XVIII el discurso de BECCARIA inspirado en la nueva filosofía política que defiende la Ilustración y, especialmente, la teoría del contrato social de ROUSSEAU. En Europa la Revolución Francesa, y en América las primeras Constituciones norteamericanas, esgrimieron esta misma bandera y abrieron el paso, no sin importantes retrocesos, al Estado de Derecho y al Derecho Penal contemporáneo. Preocupado por someter el poder al Derecho, el Estado liberal clásico buscó antes la limitación de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. KANT y HEGEL pudieron entonces fundar coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución.

⁵⁵¹ Explica como las Constituciones estatales proceden de un movimiento internacional que arranca de la Ilustración del S. XVIII, MIR PUIG, “Constitución, Derecho Penal y Globalización...”, pp. 116 y ss.

⁵⁵² El criterio de la nocividad para terceros, sobre el que se articula el núcleo de la sistematización del delito propuesta por ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 5, a lo largo de su monumental obra, muestra la eficacia restrictiva en la tipificación de conductas que, desde un punto de vista político-criminal, está en condiciones de desplegar el concepto de bien jurídico; por más que esta aseveración haya sido singularmente combatida en los últimos años, también – o con especial vigor – por sectores adscritos al funcionalismo (en concreto, a la construcción dogmática representada por el pensamiento de JAKOBS). Como señala el insigne catedrático de la Universidad de Munich, “desde un punto de vista político criminal, la doctrina de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos determina que no solo deben ser garantizados los antes mencionados derechos y libertades de igualdad de trato, sino también que no son aceptables preceptos penales puramente morales o directamente paternalistas, puesto que dichas conductas no lesionan ningún bien jurídico ajeno. Los actos homosexuales o las conductas sexuales desviadas entre hombres adultos no deben castigarse, ya que habiendo consentido todos los participantes no se menoscaba la convivencia humana y por consiguiente no se lesiona bien jurídico alguno. También el consumo de medicamentos nocivos o drogas no debería ser penado, en la medida en que con ello no se menoscaban los bienes jurídicos de terceros”.

social de terceros, podría justificarse la existencia del Derecho penal alegando que éste no ataca la libertad, sino los ataques contra la libertad.

Si el Estado no puede imponer un determinado sistema ético-moral a sus ciudadanos bajo ningún pretexto, el principio de lesividad no tendría que ser exclusivo de la Ley penal sino que debería ser predicable en general de toda reacción coercitiva del Estado. Sin embargo, lo cierto es que en no pocas ocasiones la única forma de distinguir el injusto de los delitos de peligro abstracto del de las infracciones extra-penales que prevén las mismas conductas pasa por afirmar que en el primero hay un contenido de lesividad material ausente en el segundo, de manera que este último se fundamentaría tan sólo en razones formales como la desobediencia al imperativo. También en aquellos Ordenamientos jurídicos en los que expresamente se reconoce el principio de lesividad – incluso con rango constitucional, como es el caso del art. 19 de la Constitución Nacional argentina –, éste aparece en ocasiones distorsionado, habida cuenta de que la dogmática elaborada sobre la base de estos textos legales también se encuentra con dificultades para identificar un contenido de injusto material en muchas de las infracciones – penales o no – en ellos previstas. Por todo ello, si se entiende que la función de la dogmática no es meramente descriptiva sino también prescriptiva, es necesario hallar criterios interpretativos que, siendo compatibles con el tenor literal de las disposiciones del Derecho positivo, sean también enunciados de *deber ser* capaces de actuar como motores transformadores de este último.

La garantía de que el Derecho Penal no se inmiscuya en el fuero interno de los ciudadanos depende en parte de que la tipicidad penal presuponga la ofensa de un bien jurídico, por medio de su lesión o puesta en peligro. Con los límites expuestos, se ha visto que puede adquirir la condición de bien jurídico-penal toda situación fáctica identificada socialmente como susceptible de ser conservada. Pero no pueden considerarse socialmente nocivas conductas sin efectos personalmente lesivos, los cuales pueden ser efectivos o potenciales. Es por ello que toda conducta delictiva debe afectar de un modo más o menos inmediato a la libre disponibilidad sobre intereses individuales. De esta manera el Derecho Penal puede tutelar la seguridad de que cada sujeto va a adecuar su comportamiento a la esfera de libertad de los demás, lo que pasa por exigir determinadas pautas de conducta, algunas de ellas relacionadas con la conservación de determinados modelos de organización o sectores de actividad. Ahora

bien, como se ha dicho, esta pretensión de conservación se justifica por su utilidad desde la perspectiva de la libertad individual, por lo que funcionalmente debe dirigirse al aseguramiento de esta última.

Difícilmente cada individuo puede optimizar sus legítimas expectativas de interacción social si no se respetan determinadas normas de funcionamiento dentro del sistema de relaciones en el que aquellas se insertan. En sociedades complejas altamente tecnificadas, en las que los riesgos potenciales pueden ser cada vez más y más devastadores, es necesario asegurar un mínimo marco cognitivo dentro del que el círculo de lícitas relaciones sociales pueda desarrollarse normalmente. Si bien el Estado no puede obligar a los ciudadanos a adherirse internamente a dicho marco, sí puede conminar con una pena las conductas que sean contrarias a él. Este es el único mecanismo del que dispone el Estado para contener legítimamente los impulsos inhibitorios en el tranquilo y pacífico disfrute de los bienes jurídicos individuales. Dentro de esta labor de contención, el Estado no sólo puede proteger la indemnidad de éstos, sino también la del funcionamiento de algunos de los subsistemas en el seno de los cuales se desarrollan las relaciones sociales individuales. Estas consideraciones son las que en síntesis permiten, como se ha visto, concebir los delitos de peligro abstracto como una legítima técnica de protección pluridimensional de bienes jurídicos⁵⁵³.

2. El concepto de peligro

El concepto de peligro es extra-penal ya que existen situaciones que se califican de *peligrosas* a pesar de no ser relevantes para el Derecho Penal⁵⁵⁴. Es por lo tanto un

⁵⁵³ Sólo puede hablarse de bienes jurídico-penales “artificiales”, y por lo tanto ilegítimos, cuando no pueda identificarse en qué consiste su lesión o puesta en peligro, según afirma ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 191 y ss.

⁵⁵⁴ Acerca de la pretensión del Derecho Penal en las llamadas sociedades del riesgo de definir, clasificar y controlar todas las clases y situaciones de peligro, con la consiguiente reducción de los márgenes de riesgo permitido, CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo...*, pp. 52 y ss.

En el plano de la filosofía política, son de inexcusable mención las magníficas aportaciones de BECK, “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva” (trad. Alborés), en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Ed. Alianza, Madrid, 1997, pp. 17 y 18, acerca del dinamismo de las sociedades industriales, en virtud del cual éstas tenderían a su propia autodestrucción, en cuyo caso serían sustituidas por las sociedades del riesgo: “cualquiera que conciba la modernización como un proceso de innovación automatizado debe contar con que incluso la sociedad industrial devendrá obsoleta. La otra cara de la obsolescencia de la sociedad industrial es la aparición de la sociedad del riesgo. Este concepto designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial”. De forma complementaria, puede

concepto proveniente del lenguaje ordinario utilizado en la interacción social, y que se traslada a los distintos ámbitos en los que resulta aplicable⁵⁵⁵. En todos ellos se refiere a la probabilidad de que un evento dañoso tenga lugar. Aunque pueden existir distintos conceptos de peligro en función del área de actividad humana de que se trate, su esencia es la misma al tener en común dos características fundamentales. La primera, una valoración del peligro como algo negativo, de modo que con él se designa la probabilidad de que acontezca un suceso nocivo, no querido por quien emplea el término. Se refiere así el peligro al riesgo o contingencia de que ocurra algún mal, es decir, algo que por su naturaleza o destino carece de bondad. La segunda, la incapacidad de evitar intencionadamente la producción del daño cuando concurre el evento calificado de peligroso. En consecuencia, no es coherente afirmar la existencia de peligro cuando se está seguro de la producción de la lesión o cuando se está seguro de que ésta no tendrá lugar (si bien la certeza sobre la producción de la lesión sólo puede alcanzarse cuando ésta se ha materializado, a la luz del efectivo desarrollo causal del hecho). La inseguridad de la lesión – de la que el emisor del juicio de peligro tiene consciencia – es entonces una nota inherente a toda noción de peligro, y por lo tanto el juicio acerca de éste se configura siempre como una *prognosis* sobre un evento futuro. La inseguridad respecto de la producción o no evitación de la lesión equivale a la probabilidad del daño. Esta conceptualización del peligro resulta válida para todos los sectores de actividad humana⁵⁵⁶.

Se ha abogado en el capítulo anterior por un concepto subjetivo de peligro según el cual el hombre no puede conocer realmente el mundo sensible, sino que tan sólo puede conformarse una imagen subjetiva del mismo a partir de la experiencia empírica. Si el hombre pudiera conocer la realidad con exactitud, no existirían ni la probabilidad ni la duda, sino solamente la seguridad y la certeza. Cuando un suceso es probable es porque no se sabe si el mismo acaecerá o no, de modo que, si en toda *prognosis* hay un componente de desconocimiento, el conocimiento a partir del que la misma se emite es siempre imperfecto o parcial. El peligro se conforma de este modo como un juicio fáctico basado en una situación del mundo reconocida con arreglo a la experiencia, la

consultarse también BECK / GRANDE, *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la Segunda Modernidad* (trad. Gómez Ibáñez), Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pp. 343 y ss.

⁵⁵⁵ Sobre la necesidad de elaborar un concepto penal de peligro de carácter normativo, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 198.

⁵⁵⁶ Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 51 y ss.

cual muestra en qué situaciones resulta más fácil la producción de un daño. Consecuentemente, cada nuevo juicio de peligro, al aunar situaciones idénticas o parecidas, es una conclusión generalizadora por analogía. Ésta no se concreta entonces a través de relaciones objetivas sino mediante la observación subjetiva del juzgador. De ahí que el juicio de peligro tenga una función constitutiva y no sólo declarativa del concepto de peligro, toda vez que éste existe sólo en la mente de quien lo emite, y carece por lo tanto de naturaleza real-objetiva. El peligro no preexiste en suma a su valoración, no se reconoce o constata en el mundo externo como una entidad propia. Esta circunstancia impide diferenciar el peligro como situación – esto es, el concepto de peligro – del peligro como juicio⁵⁵⁷.

Sentado lo anterior, el concepto de peligro barajado por el Derecho Penal es de carácter valorativo. Debe admitirse entonces que en el estado de desarrollo actual de la ciencia no pueden conocerse todas las leyes de la probabilidad, por lo que existen factores aleatorios en la producción del resultado lesivo aun cuando se conozcan todas las circunstancias del caso concreto. El concepto normativo de peligro específicamente jurídico-penal ha de definirse por lo tanto como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal. El grado de probabilidad necesario para que el peligro sea penalmente relevante es aquel en el que éste, desde una perspectiva cuantitativa, no aparece como insignificante, ni, desde una perspectiva cualitativa, como socialmente adecuado.

Sin embargo, el concepto de probabilidad que debe utilizar el Derecho Penal no es métrico sino comparativo, es decir, no hay que recurrir a valores numéricos (si se dan las condiciones X, existe una probabilidad del 75% de que se dé la situación Y y un 25% de que se dé la situación Z), sino a la puesta en relación de varias hipótesis a través de los indicadores “más-menos” (si se dan las condiciones X, es bastante más probable que se dé la situación Y que la situación Z). No existen por lo tanto hipótesis de probabilidad absolutas o aisladas, sino hipótesis relacionadas entre sí a través de un conjunto de datos⁵⁵⁸. La medición numérica del grado de probabilidad debe reservarse para las ciencias experimentales, al ser en este sentido su nivel de desarrollo superior al

⁵⁵⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 36 y ss.

⁵⁵⁸ Como observa MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, p. 57, “la hipótesis de probabilidad es el consecuente de un enunciado condicional en cuyo antecedente constan los datos a partir de los cuales la hipótesis se infiere. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale o directamente variará de signo”.

de las ciencias lógico-abstractas. Por otro lado, resulta obvio que el hombre medio, como potencial autor penal, no se rige en su vida cotidiana a partir de porcentajes de probabilidad, sino en función de conceptos mucho más volátiles y flexibles – pero no necesariamente arbitrarios – como “alto”, “bajo”, “mayor”, “menor”, etc. Estos conceptos, al ser más plásticos que los numéricos, permiten una distinción no puramente cuantitativa sino también cualitativa de las distintas situaciones de peligro.

Dicho esto, una conducta peligrosa sólo puede ser relevante para el Derecho Penal si se le asigna un no insignificante grado de probabilidad de lesión. Puede ser que una actividad peligrosa en sí, pero aceptada dentro de unas reglas acordes con los márgenes de riesgo socialmente permitido, al agregársele algunos componentes de peligrosidad deje de ser tolerada al existir una mayor probabilidad de causar un resultado lesivo. Si el concepto jurídico-penal de peligro se edifica sobre la relación de probabilidad entre una conducta y la lesión de un bien jurídico-penal, no puede aplicarse un criterio general para determinar cuando un acto es peligroso, sino que ello debe comprobarse en el caso concreto atendiendo a las variables específicas del mismo (como la clase de bien jurídico-penal potencialmente puesto en peligro, el sector de actividad en el que se actúa, etc.). Que el legislador tipifique como delito conductas que superan el nivel de riesgo socialmente permitido no exime por tanto de valorar si la conducta concreta puede adjetivarse como peligrosa.

En resumen, el juicio de peligro del órgano jurisdiccional se formula siempre a posteriori, esto es, una vez la conducta ya se ha realizado, pero desde una perspectiva *ex ante*, por cuanto la referencia en aras a respetar el principio de culpabilidad ha de ser el momento en el que el autor actúa. Esto obliga a concebir el juicio de peligro como un pronóstico en el que se prescinde del desenlace real del hecho, es decir, de los conocimientos adquiridos con posterioridad a la realización de la conducta. Desde esta perspectiva todos los delitos de peligro suponen un adelantamiento de las barreras de protección penal a momentos previos a la efectiva lesión del bien jurídico individual, de modo que se habla de peligro o lesión según la intensidad del ataque contra el interés tutelado. El grado de afectación del interés individual es superior en los delitos de lesión que en los de peligro. En este orden de cosas, los tipos penales de peligro sintetizan reglas de experiencia, de modo que con ellos se tipifican conductas algunas de cuyas características demuestran que cuando se realizan la lesión del interés individual es

frecuente⁵⁵⁹. Al haberse demostrado empíricamente que en ciertos casos dicha lesión es frecuente, el legislador intenta evitar ese resultado nocivo a través de la punición de conductas adecuadas para producirlo. En relación con este particular, los delitos de peligro abstracto no precisan en el caso específico una constatación judicial de la peligrosidad de la conducta para un objeto material individualizado, pero sí de un peligro para una víctima potencial indeterminada.

En consonancia con lo expuesto, el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto depende de un juicio de idoneidad o aptitud, en el que la peligrosidad de la conducta concreta ha de ser comprobada por el Juez con arreglo a un juicio *ex ante* en el que se ponderen los elementos de juicio individual que el correspondiente tipo permita tomar en consideración. Por lo tanto, en el momento de formular dicho juicio el Juez debe hacer abstracción de los datos sobre el hecho sólo cognoscibles *ex post* y de aquellos que el legislador no ha querido que se tomen en cuenta, por lo que en todo caso debe obviar que la supuesta idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico ha quedado desmentida por evidencias conocidas en el momento de juzgar los acontecimientos. Esta valoración del peligro, al fundamentarse en un juicio individualizado acerca de las circunstancias concretas del caso, permite descartar la punición como delito de peligro abstracto de conductas *ex ante* no adecuadas para lesionar el bien jurídico, como sucede en aquellos casos en los que el autor, pese a realizar formalmente la conducta descrita en el tipo, ha adoptado medidas que en su caso concreto eliminan la aptitud que en general tiene la conducta para producir el efecto temido – o sitúan esa aptitud por debajo del nivel que puede ser considerado penalmente relevante –. Que el legislador tenga la facultad de decidir qué es lo abstractamente peligroso no significa que el juez no deba comprobar la coincidencia de la conducta con el tipo legal en sentido material. Esta coincidencia pasa por exigir una relación entre la conducta individual y el bien jurídico, de modo que la protección de bienes no puede relegarse a mero motivo del legislador para el establecimiento de la norma, lo que obliga a rechazar las teorías dominantes acerca de la presunción del peligro y del peligro general.

⁵⁵⁹ Como observa MÁRQUEZ CISNEROS, “nos encontramos, por tanto, ante reglas de experiencia o de frecuencia abstracta basadas en el principio de probabilidad”. *Ibidem*. p. 61.

Late en todo lo expuesto la preocupación por evitar que el círculo de comportamientos prohibidos sea mayor que el de los contrarios al fin de la norma, de modo que alrededor de los actos materialmente antinormativos no puede haber un círculo de actos que sólo lo sean formalmente. Desde una óptica estrictamente prevencionista podría pensarse que el incremento de la eficacia preventiva de la norma jurídico-penal de lesiones de bienes jurídicos pasa por castigar comportamientos que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico, pero ello chocaría frontalmente con los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, pues en él la lógica de la prevención debe conjugarse con otros principios y garantías para el ciudadano. La punición de conductas inofensivas para bienes jurídicos comporta en suma una *bagatelización* del Derecho Penal incompatible con las elevadas pretensiones ético-jurídicas que tiene encomendadas.

Todo lo dicho entronca directamente con la teoría de la imputación objetiva, en la medida que se toman prestados algunos de sus criterios, sobre todo los relativos a la adecuación del comportamiento para la lesión del bien jurídico⁵⁶⁰. Esto abunda en la propia evolución y perfeccionamiento de la teoría de la imputación objetiva, por cuanto ésta no sólo serviría para la imputación de resultados o de lesiones de bienes jurídicos, sino también para la imputación de riesgos, lo que va en la línea de entender que, en un Derecho Penal preventivo, las normas penales prohíben poner en peligro determinados intereses o, en otros términos, realizar conductas objetivamente peligrosas para ellos. Es sobre estas premisas en cuanto a la interpretación de los delitos de peligro abstracto y su sistematización que puede configurarse un Derecho Penal del riesgo “eficaz” a la par que respetuoso con los principios y garantías liberales. En cierta medida, también en relación con los delitos de lesión el sistema actual puede caracterizarse como un

⁵⁶⁰ En el seno de la teoría de la imputación objetiva han sido notables los esfuerzos por destacar su cariz normativo. Dicha teoría se construye en efecto sobre juicios de valor – el juicio de peligro es un claro ejemplo de ello –, los cuales se distinguen de las afirmaciones fácticas tanto a nivel semántico como en los métodos para su fundamentación. Esta naturaleza de los juicios de valor permite que los mismos sean capaces de generalización, y que por lo tanto sean idóneos para la motivación de enunciados jurídicos. PUPPE, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica...”, p. 12, lo expone del siguiente modo: “existe una diferencia semántica fundamental entre afirmaciones fácticas y juicios de valor. Afirmaciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas y se fundamentan en la medida en que se prueban. Juicios de valor pueden ser plausibles o no plausibles y se fundamentan en tanto se convence al participante en la comunicación de su corrección, es decir, se le lleva a reconocer una regla general de valoración subyacente a esa valoración. Y no obstante nuestro más alto Tribunal ha llegado a confundir ambas formas de afirmaciones en un concepto de tal modo que al final no se sabe, si el aserto, que se forma mediante aplicación de ese concepto, es una afirmación fáctica o un juicio de valor”.

Derecho Penal del “riesgo”, en tanto que el resultado de lesión sólo es objetivamente imputable cuando es consecuencia de un estado previo de peligro.

Una conducta que puede causar un daño es una conducta peligrosa, si bien la teoría de la imputación objetiva muestra que la sociedad admite márgenes de riesgo permitido, y que una conducta adquiere relevancia típica cuando crea un riesgo que supera ese umbral. Según ello, sólo una conducta lesiva puede ser contraria a la norma, y sólo puede ser lesiva una conducta que crea un riesgo no permitido (que puede realizarse o no en el resultado). Que un riesgo sea permitido significa que existe una regla social que permite actuar a pesar del riesgo de que se produzca el resultado, es decir, que el destinatario de la norma *no tiene el deber de evitar* el comportamiento peligroso. Las reglas sociales que delimitan el riesgo permitido y, por lo tanto, deberes de evitar determinados comportamientos, pueden presentarse bajo la forma de regulaciones positivas o como simples reglas de prudencia no escritas. En relación con estas últimas, la absoluta indeterminación que reina se ha intentado compensar tradicionalmente con el delito imprudente, a través de figuras como las del “buen padre de familia” o del “hombre prudente y razonable”. Sin embargo, en esta concreción de los niveles de riesgo permitido, y por consiguiente de los deberes de evitar determinados comportamientos, lo realmente fundamental es el concepto de rol tomado en los últimos tiempos de la sociología jurídica. Un rol es un conjunto de comportamientos que debe realizar una persona, que se esperan de un sujeto cuando ocupa una determinada posición social. En consecuencia, un rol es un conjunto de expectativas de conducta cuyo contenido es dinámico en el tiempo. Así pues, si la conducta supera o no los márgenes de riesgo permitido debe valorarse en función de si con ella se han defraudado las expectativas de comportamiento que generaba la posición social ocupada por el autor⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Como señala CÓRDOBA, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *InDret*, n° 3, 2015, pp. 3 y ss., los presupuestos de la imputación que se estudian en la tipicidad pueden ser reconducidos a dos principios: el principio de evitabilidad individual y el principio de lesividad. En efecto, es usual comenzar con el análisis de la tipicidad, dentro de la cual se diferencia un tipo objetivo y un tipo subjetivo: el primer elemento abarcaría las circunstancias de la conducta externas al autor (acción, resultado y nexo causal) y el segundo las circunstancias internas a él (conocimiento actual o posible), lo que se completa con la constatación de si la conducta determinó la creación de un riesgo no permitido eventualmente realizado en el resultado. Según ello, lo primero que habría que preguntarse es si el autor *habría podido evitar* ese comportamiento y, por consiguiente, el eventual resultado. Tras ello, en caso de que la respuesta fuese positiva, habría que preguntarse si el autor tenía el *deber de evitar* ese comportamiento, es decir, si además de *poder*, tenía también el *deber* de evitarlo.

La primera exigencia (*poder de evitar*) se relaciona con el principio de evitabilidad individual, en la medida que las normas sólo reclaman a su destinatario la evitación de comportamientos evitables, pues a nadie se le puede exigir más allá de sus capacidades (es decir, el autor sólo puede responder de las conductas que está física y cognitivamente en condiciones de evitar). Un comportamiento que al autor no le era posible evitar no puede integrar nunca la conducta prohibida por la norma (es decir, la conducta típica). Por su parte, con la segunda exigencia (*deber de evitar*) se expresa el principio de lesividad, por cuanto la conducta contraria a la norma no es sólo aquella que lesiona derechos de terceros, sino la que, además de causar ese daño, el autor tiene el *deber de evitar* porque supera los niveles de riesgo permitido. El principio de lesividad es desde esta perspectiva un límite al poder punitivo estatal en virtud del cual el legislador sólo puede prohibir conductas que perjudican a terceros. Cuando se alude a conductas que perjudican a terceros no se hace referencia sólo a conductas que ya han causado un daño (lesión actual), sino a conductas que *pueden* causarlo (lesión potencial). Si se entendiera que el principio de lesividad

La exigencia de objetiva peligrosidad *ex ante* de la actuación concretamente realizada se considera por algunos autores como parte del desvalor de resultado, mientras que otros estiman que forma parte del desvalor de la conducta. Ésta última opción parece más razonable por cuanto la peligrosidad como atributo de la conducta – que es lo único que desde un prisma objetivo se toma en consideración en los delitos de peligro abstracto y en la tentativa inidónea – forma parte del juicio de desvalor que se proyecta sobre ésta, por lo que sólo el estado de peligro creado para el objeto material del delito se integra en el desvalor de resultado como situación *ex post*. En esta línea, creo que llamar resultado al peligro propio de los delitos de peligro abstracto no hace más que inducir a confusiones, sobre todo con el resultado de peligro de los delitos de peligro concreto. Pero, al margen de lo anterior, lo cierto es que ésta es una discusión esencialmente nominal, de modo que lo realmente relevante es si se limita la punibilidad de los delitos de peligro abstracto en los términos expuestos, con independencia de si el riesgo *ex ante* es o no susceptible de ser calificado como un verdadero resultado. Cabe resaltar por último que la inclusión de la objetiva peligrosidad *ex ante* del hecho en el desvalor de la conducta o el desvalor de resultado no tiene nada que ver con la posibilidad de advertir en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales un desvalor de resultado – de lesión – del interés intermedio o instrumental. Por lo demás, si bien el riesgo *ex ante* en ningún caso forma parte del desvalor de resultado, puede advertirse un resultado en sentido jurídico – no separado espacio-temporalmente de la conducta – en cuanto se constata *ex post* que el acto *ex ante* peligroso era idóneo para afectar el bien jurídico. En los delitos de lesión este resultado jurídico completa las exigencias de la antijuridicidad material.

Sentado todo lo anterior, puede responderse afirmativamente a la pregunta de si cabe un injusto material fuera del resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico. La cuestión que entonces se suscita es qué circunstancias han de concurrir para

precisa una lesión actual, no podría haber prohibición sin daño real, es decir, el homicidio no podría prohibirse hasta que la víctima hubiese muerto, lo que carecería de sentido. Es por ello preferible considerar que las conductas lesivas a las que se refiere el mencionado principio no son las que ya han lesionado a terceros, sino las que tienen aptitud para hacerlo, esto es, las que pueden lesionar o causar daño a terceros. El problema es que prácticamente cualquier conducta puede llegar a afectar los intereses de otros y ser vista por lo tanto como perjudicial para terceros, en cuyo caso el principio de lesividad no tendría ningún valor limitativo. La solución pasa por hallar el criterio para distinguir las afectaciones jurídico-penalmente relevantes, que son a las que se refiere el principio de lesividad, de las que no lo son. Este criterio lo proporciona la teoría de la imputación objetiva.

poder calificar una conducta como abstractamente peligrosa, de manera que sea posible excluir del ámbito del tipo aquellos actos que de ningún modo pueden conducir a la afectación de los intereses protegidos. La propuesta que aquí se formula gira fundamentalmente alrededor de la convicción de que los atributos objetivos que ha de reunir la conducta de un delito de peligro abstracto son los mismos que los de la tentativa inidónea. Según ello, en la tentativa inidónea se hallaría la descripción de la mínima intensidad que ha de revestir un ataque contra un bien jurídico para ser penalmente punible, y en consecuencia sólo pueden ser merecedores de pena aquellos hechos que como mínimo supongan una potencial afectación de intereses ajenos, lo que indica que siempre han de tomarse en consideración las consecuencias del comportamiento prohibido para la integridad de los bienes jurídicos protegidos. En este sentido, en función del grado de intensidad del ataque, pueden existir tres manifestaciones delictivas distintas: la lesión, el peligro concreto y el peligro abstracto. Se consolida de esta forma la impresión de que en los delitos de peligro abstracto el fundamento material del merecimiento de pena tiene que residir en un plano objetivo en la probabilidad de lesión del bien jurídico en el caso concreto. Cuando este fundamento no pueda materializarse inmediatamente a través de la descripción típica, será necesaria una interpretación restrictiva de la misma a través de la que reducir la punibilidad de las conductas formalmente antijurídicas. Cuando ni por vía de una interpretación de carácter teleológico sea posible hallar un contenido material en el injusto del tipo de peligro abstracto en cuestión, habrá que denunciar el vicio de inconstitucionalidad del precepto que lo regula por ser insuficiente la carga de lesividad que éste incorpora⁵⁶².

Todo ello contribuye a sentar las bases para una correcta transición hacia un entendimiento del desvalor de la conducta como elemento nuclear del injusto de los delitos de peligro abstracto⁵⁶³. Relacionado con ello, en la tentativa inidónea son de hecho mayoritarios los posicionamientos que defienden su punibilidad pese a no poder identificarse en ella un desvalor de resultado. Otra ventaja de la concepción defendida

⁵⁶² Reconociendo las colisiones que pueden producirse con el principio de culpabilidad, algunos autores como ROXIN, *Derecho penal I...*, pp. 403 y ss., optan por elaborar soluciones diferenciadas en función de la clase de delito de peligro abstracto de la que se trate, al considerar que no puede negarse la existencia de tipos en los que la evitación de un resultado de peligro concreto o de lesión es sólo el motivo del legislador, de modo que el tenor literal del precepto se cumple aunque en el caso concreto esté totalmente excluido el mal que se quiere evitar.

⁵⁶³ Se adentra en esta problemática, en ocasión del detallado repaso que efectúa de las distintas concepciones acerca del fundamento de la punición de los delitos de peligro abstracto tanto en la doctrina alemana como en la española, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pp. 67 y ss.

es que evita incurrir en la falacia de establecer una relación gradual entre el peligro abstracto y el peligro concreto. Resulta ciertamente insostenible configurar una graduación cuantitativa entre ambas clases de peligro. La peligrosidad abstracta no tiene por qué ser un grado previo al peligro concreto en sentido cuantitativo: la diferencia entre ambos peligros no reside en el grado de probabilidad de que se produzca la lesión del bien jurídico, sino básicamente en la perspectiva desde la que se enjuicia el hecho y en el objeto sobre el que recae dicha valoración. En el caso de los delitos de peligro concreto, se emite un juicio *ex post* en virtud del cual ha de ser constatable que un objeto material del delito ha entrado en el radio de posible eficacia causal de la conducta. En cambio, en los delitos de peligro abstracto la valoración del hecho recae únicamente sobre la situación que *ex ante* podía derivar del comportamiento típico. Que en una clase de delito se exija una efectiva puesta en peligro del objeto material de la acción y en la otra no, es compatible con que las respectivas conductas sean igualmente peligrosas, o incluso que lo sea más la tipificada como delito de peligro abstracto, sobre todo si se entiende que a través de ambas formas delictivas sólo deben prohibirse conductas gravemente peligrosas por mostrar un altísimo grado de probabilidad de conllevar una lesión del bien jurídico.

De acuerdo con lo expuesto, la concepción de la antijuridicidad más adecuada para los delitos de peligro abstracto es aquella que valora los posibles efectos del acto desde una perspectiva *ex ante*, es decir, la posibilidad de lesión que deriva de la conducta como fuente de peligro, pero sin tomar en consideración los efectos empíricos de ésta sobre el bien jurídico. Según ello, el dolo del autor debe abarcar la conciencia y voluntad del carácter *ex ante* adecuado de la conducta para lesionar el bien jurídico⁵⁶⁴. En consecuencia, en aquellos casos en los que el autor actúa con la decisión de evitar el peligro, y no hay por lo tanto asunción del riesgo por su parte, puede haber error de tipo y por ende hallarse ausente la posibilidad de imputación subjetiva. En esta línea, si el riesgo no se produce por la presencia de circunstancias a través de las cuales el autor de manera consciente lo contrarreste, en el sentido de adoptar medidas de aseguramiento que eviten el peligro, ni siquiera se cumple la parte objetiva del tipo. En caso de que el autor no sea consciente de que ha contrarrestado el peligro, y de que por lo tanto asuma

⁵⁶⁴ Vid. RAGUÉS I VALLÈS, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico...”, pp. 4 y ss.

su producción, no puede hablarse de tentativa de un delito de peligro abstracto, al no ser la conducta objetivamente adecuada para lesionar el bien jurídico.

Con todo, para estar en presencia de un peligro penalmente relevante no basta con que en el momento de realizar la conducta no pueda excluirse una lesión del bien jurídico. Este patrón, aunque obliga a atender a las particularidades del caso concreto, sólo permite descartar la punición de aquellos actos cuya ausencia de potencialidad lesiva constatable *ex ante* sea total – es decir, de aquellos casos en los que exista una certeza *quasi* absoluta acerca de la ausencia de peligro –. Se trata por tanto de una fórmula más limitativa en comparación con las tesis basadas en la general eficacia causal del comportamiento, pero que sin embargo no permite excluir ni el peligro más remoto, al posibilitar el castigo de casos en los que se advierta una mínima posibilidad de lesión, incluso aquellos en los que existan dudas o se desconozca la potencialidad lesiva de la conducta. En realidad, los supuestos en los que de antemano puede excluirse enteramente todo peligro son escasísimos, por lo que en la práctica la eficacia restrictiva de la tipicidad de esta cláusula sería insignificante. Por ello para la relevancia penal del peligro debe exigirse que éste tenga una cierta entidad, en el sentido que no baste con la mera posibilidad de lesión del bien jurídico. Lo que debe hacerse teniendo en cuenta que en relación con los bienes jurídicos supraindividuales son superiores las dificultades para formular un juicio a priori sobre las posibilidades de lesión.

3. Concepciones acerca de la modalidad de ataque

3.1. Formalismo basado en la inobservancia de la norma

Según lo expuesto hasta ahora, el fundamento de un bien jurídico supraindividual puede responder en principio a la necesidad de organizar un determinado ámbito social a través de una cierta “estandarización” de conductas⁵⁶⁵. Pero esto no faculta para determinar a través de generalizaciones el carácter perturbador del comportamiento, ni

⁵⁶⁵ Las tesis según las cuales la función de los mandatos y prohibiciones jurídico-penales es el mantenimiento de la vigencia de la norma no consiguen desligarse por completo de la noción de bien jurídico como punto de partida para la determinación del injusto, habida cuenta de que la expectativa que se garantiza tiene por objeto la evitación de ataques a los valores protegidos. En efecto, bajo este punto de vista sólo a través de la vinculación de la conducta con el bien jurídico es posible conocer cuáles son los sectores a asegurar penalmente. Se refiere a ello con mayor detalle, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 62 y ss.

para orientar funcionalmente la norma primaria al mantenimiento de su propia vigencia fáctica⁵⁶⁶. La norma primaria debe dirigirse a la preservación de la seguridad en el ejercicio de ciertos bienes individuales, aunque éstos no tengan un soporte material. La infracción de dicha norma no puede basarse por lo tanto únicamente en la incongruencia entre la conducta y el estándar positivado, sino que individualmente considerada debe ser además objetivamente adecuada para lesionar el interés protegido⁵⁶⁷. Este es un límite infranqueable frente cualquier afán optimizador en la protección de bienes. De otro modo el “prestigio” de la teoría del bien jurídico quedaría a merced de la justificación de cualquier programa político-criminal⁵⁶⁸.

Si los bienes jurídico-penales supraindividuales se desconectan de todo referente individual, el riesgo de orientar el sistema penal a la conservación de su propia vigencia aumenta considerablemente⁵⁶⁹. En cambio, si la afectación de intereses individuales condiciona la carga de lesividad mínima de los tipos penales, es posible hallar en el Derecho Penal axiomas sustanciadores externos a él, y por lo tanto evitar que éstos sean circulares o autoreferenciales⁵⁷⁰. La desviación respecto de la norma de conducta contenida en la norma primaria no puede contemplarse en sí misma como un mal⁵⁷¹,

⁵⁶⁶ De concebirse formalmente, los delitos de peligro abstracto sólo describirían una serie de indicadores de los que cabría inferir la existencia de riesgos para determinados contextos. Estos indicadores son los tradicionalmente empleados por la legislación administrativa como presupuesto para la aplicación de sanciones a conductas no vinculadas a peligros reales (concretos o abstractos), sino presuntos o formales. En consecuencia, el peligro abstracto para el bien jurídico-penal supraindividual sólo resultaría de la acumulación, reiteración o generalización de una determinada conducta. Sin embargo, cada actuación aislada, al constituir por su estructura un mero ilícito de desobediencia, no debería dar lugar a un ilícito penal. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 154 y ss.

⁵⁶⁷ Como apunta VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, p. 67, “esta norma [la norma primaria] no manda o prohíbe comportamientos sin más, sino que lo hace con atención a determinadas realidades que se quieren tutelar”.

⁵⁶⁸ Si se prescinde del concepto de bien jurídico como *ratio* y límite de la incriminación, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos pierde toda su eficacia, en cuyo caso el legislador puede acabar tipificando conductas que no lesionan ni ponen en peligro ningún interés, lo que en la práctica comportaría la desaparición del principio de ofensividad o lesividad, expresado con el conocido aforismo *nullum crimen sine iniuria*. Se muestra partidario de este punto de vista, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 160 y ss.

⁵⁶⁹ De concebirse los delitos de peligro abstracto como tipos formales, en realidad los criterios de imputación objetiva no se flexibilizan, sino que se prescinde totalmente de ellos porque sin perturbación de algún bien jurídico-penal no hay objeto de imputación. Por lo tanto, si se quiere que estos delitos dispongan de un contenido material, no puede bastar con realizaciones abstractas basadas en la ejecución formal del tipo, sino que la conducta debe conectarse con el bien jurídico, como observa VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 424 y ss.

⁵⁷⁰ Como remarca DEMETRIO CRESPO, una de las consecuencias de basar el injusto en la simple inobservancia de la regla de conducta es la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas. Vid. DEMETRIO CRESPO, “Crítica al funcionalismo normativista...”, p. 17.

⁵⁷¹ Bajo este punto de vista de inspiración hegeliana, el delito se concibe como un no reconocimiento o cuestionamiento de la vigencia de la norma (infringida), o bien se comprende como un menosprecio de la

sino como la fuente de la que surge un mal consistente en un daño potencial al bien jurídico⁵⁷². La materia de prohibición de los delitos de peligro abstracto es entonces una conducta peligrosa al poder vincularse individualmente considerada a posibilidades objetivas de lesión del bien jurídico. Dentro de esta visión “desformalizadora” de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, los principios de insignificancia y de adecuación social pueden seguir desplegando una notable eficacia restrictiva de la tipicidad⁵⁷³.

Por ejemplo, la conducta de un funcionario consistente en recibir un regalo de escaso valor en fiestas navideñas, no sería constitutiva de un delito del delito de cohecho impropio previsto en el art. 426 CP, pese a tener cabida en su tenor literal, por cuanto no sería adecuada para quebrantar de un modo penalmente relevante el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

Como se ha ido sugiriendo, una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto conduce irremediamente al desvanecimiento de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, al impedir discriminarlos materialmente en tanto que se asigna a ambos la misma naturaleza, en cuyo caso sólo podrían diferenciarse desde un punto de vista cuantitativo⁵⁷⁴. Esto equivale ciertamente a instaurar infracciones penales

norma infringida o del mismo Ordenamiento jurídico. En la mayoría de ocasiones esta concepción del delito aparece estrechamente vinculada a la fundamentación de la pena, pues se estima que el hecho cometido por el autor debe ser contradicho (mediante la pena), al haberse producido un cuestionamiento de la vigencia de la norma que no podría quedar sin réplica o contra el que el Derecho debería defenderse o mostrarse como inquebrantable. Vid. FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación...”, pp. 6 y ss.

⁵⁷² Si el injusto se basa en la simple desobediencia a la norma primaria, la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal se diluye. Este último pasa a consistir en un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro, no en una afectación desvalorada de un bien jurídico. Desde una perspectiva teleológica, se produce otra asimilación, pues la función del ilícito penal pasa a ser la ordenación general de sectores de actividad, esto es, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 135 y ss.

⁵⁷³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 303 y 304, agrupa las nociones de adecuación social e insignificancia bajo el concepto de “congruencia social”. Señala que “en esta dirección, se ha hablado también de ‘congruencia social’ como límite de la tipicidad. En los casos en que la conducta, formalmente, realiza un elemento típico, comprendido en el tenor literal, no entrará dentro del tipo si esa conducta es ‘socialmente congruente’. Una conducta es socialmente congruente cuando es exigida, por la ética-social y cuando es irrelevante, desde el punto de vista de un mínimo daño. Esta segunda acepción de la ‘congruencia social’ de la conducta, en base a su irrelevancia, se acerca al concepto del principio de insignificancia. Mir Puig, entiende que el principio de insignificancia –Geringfügigkeitsprinzip-, se distingue de la adecuación social en que ‘no supone la total aprobación social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad’. El principio de insignificancia, en estos casos, permite la exclusión del tipo”. Vid. también REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, pp. 98 y ss.

⁵⁷⁴ Sobre como la creación de tipos penales puede ser más leve que por ejemplo la previsión de una extensa red de control jurídico-administrativo, NEUMANN, “El principio de proporcionalidad como

puramente formales configuradas como delitos de desobediencia, con la consiguiente vulneración de los principios de lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad⁵⁷⁵. En coherencia con ello, la simple infracción de un estándar de conducta tipificado no puede reputarse intrínsecamente intolerable, ni por lo tanto puede estar penada con independencia de que, atendidas las circunstancias concretas, pueda haberse excluido en el momento de actuar cualquier peligro para terceros. No pueden concebirse los delitos de peligro abstracto, en definitiva, con una rotundidad tal que elimine el margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que, pese a realizarse formalmente el tipo, no se haya originado una situación de peligro relevante para el bien jurídico individual.

En síntesis, la dirección formalista en estudio – en línea con cualquier visión formalista que se precie – lleva a fundamentar con carácter exclusivo los delitos de peligro abstracto en la simple contradicción del hecho con el tenor literal del precepto correspondiente (antijuridicidad formal), con independencia de su lesividad efectiva o potencial para el bien jurídico (antijuridicidad material). De esta manera la conducta se prohíbe por manifestar una desobediencia al Derecho Penal, al margen de su capacidad para lesionar o poner en peligro concreto un bien jurídico. Con ello el peligro abstracto como técnica de incriminación asume claramente lógicas propias del Derecho Administrativo sancionador. Frente a ello, resulta preferible reconocer que la peligrosidad de la conducta no es sólo el motivo del legislador, sino que también representa un elemento material del tipo. El peligro que pretende evitar el correspondiente tipo constituye el mal a desaprobado, el cual resulta necesario, y también suficiente en un plano objetivo en los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea, para la intervención del Derecho Penal. Este concepto material de injusto con pretensiones de alcanzar una reducción teleológica de los delitos de peligro abstracto es más compatible con un Derecho Penal de corte liberal que el fundamentado en la mera lesión de un deber.

principio limitador de la pena”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 205 y ss.

⁵⁷⁵ Las conductas así tipificadas carecen, en efecto, del contenido de lesividad indispensable para justificar la imposición de una condena penal, lo que evidenciaría una inquietante proximidad entre el Derecho Penal y la lógica del Derecho Administrativo sancionador, como sostiene MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 42 y ss.

No puede entenderse que un comportamiento como clase está excluido del ámbito de lo socialmente adecuado simplemente por el dato de estar definido como no permitido con carácter general, de manera que no resulta legítima una fijación centralizada de los actos que en todo caso se estiman perturbadores, al no concretarse de este modo el fin de la norma en la materia de imputación. Por lo tanto, el peligro desde el punto de vista del tipo no puede ser irrelevante porque, de lo contrario, podría legitimarse casi cualquier contenido de regulación penal. Esto obliga a rechazar que la constatación de la tipicidad del comportamiento concreto se agote en la mera subsunción, de modo que deben efectuarse ulteriores comprobaciones más allá de la relativa a la realización de la conducta descrita formalmente en el tipo⁵⁷⁶. Por otro parte, carecería de sentido ejercitar en el respeto a la regla al autor cuando para él o para cualquier tercero en su lugar el riesgo está excluido o no resulta previsible, al concurrir ciertas condiciones de certidumbre sobre la ausencia de peligro con arreglo a criterios de previsibilidad objetiva. De hecho la idea de fidelidad al Derecho o de respeto a la regla no enuncia un principio justificador del carácter estrictamente penal de una regulación, sino a lo sumo la necesidad de una regulación, por lo que el carácter penal o no de la misma habría que decidirlo en todo caso de acuerdo con otros parámetros.

Es de notar que el formalismo sobre la modalidad de ataque de la concepción en estudio se ve agravado de agregársele una actitud acrítica frente al proceso de abstracción o desmaterialización al que actualmente estaría sometido el concepto de bien jurídico, en cuyo caso todavía sería más fácil limitar el juicio de tipicidad a la comprobación de la congruencia entre la realización de la conducta y estándares positivizados. Es decir, no existiría óbice alguno para prohibir determinados comportamientos por el dato de que según la experiencia general, sin considerar situaciones excepcionales, regularmente conducen a la lesión del objeto de protección, de modo que la simple realización del acto representaría un menoscabo a la pretensión de validez o respeto al bien jurídico, y por lo tanto toda realización formal del tipo sería punible.

Sin embargo, el deseo de optimizar la protección de bienes a través del dominio del azar no puede llevar a intentar configurar una suerte de orden global mediante los

⁵⁷⁶ Sobre como la peligrosidad general puede ciertamente fundamentar la prohibición de la clase de conductas, pero no de la conducta en concreto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 238.

delitos de peligro abstracto. En la lucha contra el injusto nunca se podrán erradicar completamente todos los momentos de azar. Por lo tanto, cualquier pretensión de alcanzar una regulación penal completa y sin lagunas puede calificarse de utópica. Asimismo, el Derecho Penal no puede concebirse como un simple instrumento de dirección o regulación de conductas, por lo que las consideraciones preventivas deben ponderarse con otros objetivos, principios y valores, por más que ello comporte una pérdida en la efectividad preventiva de la norma⁵⁷⁷. Aunque el legislador haga abstracción de las características del caso individual a través de características típicas generalizadoras, como conjunto de casos producidos o imaginables, lo cierto es que debe procederse a una individualización de los acontecimientos dañosos que amenazan los bienes jurídicos⁵⁷⁸. En este sentido, la regla de experiencia sólo expresa que la acción pone en peligro el bien jurídico protegido repetidamente, pero no de forma exactamente predecible de antemano. Para la punición de una concreta conducta no basta entonces con que ésta pertenezca a una clase de conductas estadísticamente peligrosas, en la medida que las pretensiones de dominio del azar están limitadas por determinados principios y garantías. De atribuirse al sistema penal el objetivo de alcanzar una protección total de bienes jurídicos sin dejar ninguna posibilidad al azar, se estarían postergando en definitiva principios irrenunciables como el concerniente al carácter fragmentario del Derecho Penal o el de *ultima ratio*⁵⁷⁹.

Por otra parte, de centrarse la protección penal en la defensa de la confianza en el funcionamiento de determinados sistemas, habría que precisar con mayor concreción cuál es el contenido y el alcance de tal confianza. De hecho si se procede a una manipulación de la caracterización de los bienes jurídicos es posible afirmar en todo caso la existencia de una lesión, si bien con la técnica de los delitos de peligro abstracto lo que parece buscar el legislador es una anticipación en la tutela de bienes referidos

⁵⁷⁷ En un Derecho Penal protector de la vigencia del Ordenamiento, el hecho punible se comprende como la lesión de un deber o de la norma, de modo que el merecimiento de pena viene dado por el grado de quebrantamiento de la vigencia del precepto conculcado, puesto que los objetos de protección no son los bienes jurídicos tal y como han sido tradicionalmente entendidos por la doctrina, sino un nivel suficiente de motivación fiel al Derecho con arreglo a parámetros de prevención general positiva. Con ello se prescinde del bien jurídico como referente de la lesividad social propia del concepto material de delito. Al respecto resultan de interés las reflexiones de ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, pp. 14 y ss.

⁵⁷⁸ De hecho, como resalta WOLF, *Las categorías de la tipicidad...*, pp. 19 y ss., en todo proceso de elaboración de conceptos penales se encadenan indisolublemente la abstracción científico-causal y la referencia teleológica a valores.

⁵⁷⁹ Estos principios permiten afirmar a ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 5, que la misión del Derecho Penal es la “protección subsidiaria de bienes jurídicos”.

finalmente a los individuos o a la colectividad. Por lo tanto, lo razonable no es configurarlos como simples actos de desobediencia o indisciplina social, sino por el contrario recurrir a ellos de forma mucho más moderada por constituir un adelantamiento de las barreras de protección penal.

Lo dicho aconseja decantarse en la configuración de los delitos de peligro abstracto por alguna de las posiciones materializadoras, en la medida que éstas no conducen a castigar sin excepción la conducta cuando falta toda posibilidad objetiva de puesta en peligro. Dentro de estas posiciones, resultan preferibles aquellas en las que la exigencia de una verdadera peligrosidad *ex ante* de la conducta no es sólo deseable desde una perspectiva de *lege ferenda*, sino que además se considera que conforma un elemento del tipo de injusto de estos delitos aunque sea por vía interpretativa. En base a este requisito ineludible, en la propuesta que se formula se aboga por una solución unitaria para todos los delitos de peligro abstracto, de modo que todos ellos sean contemplados como delitos de peligrosidad, sin proceder a ulteriores diferenciaciones dentro de esta categoría. Las teorías que a estos efectos se remiten a la dogmática de la imprudencia son esencialmente correctas en sus premisas, si bien presenta mayor capacidad de rendimiento, desde el punto de vista de la reducción del alcance del tipo, la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea, entre otros motivos porque la estructura de esta última no es tan discutida como la del delito imprudente. En esta línea, resulta de capital importancia caracterizar adecuadamente la peligrosidad de la conducta típica, toda vez que lo específico de los delitos de peligro abstracto no es la producción de una abstracta puesta en peligro del objeto material del delito, por lo que su contenido de injusto debe residenciarse y agotarse en el desvalor de la conducta.

En efecto, el juicio de peligrosidad debe consistir, como se ha ido reiterando, en una prognosis sobre los posibles efectos de la conducta, como valoración de la idoneidad de ésta para causar la lesión del bien jurídico. La efectiva presencia de un objeto material en la zona de influencia del comportamiento no se incluye entre las circunstancias de la situación enjuiciada, al ser ésta una característica del desvalor de resultado propia de los delitos de peligro concreto. Se abunda de esta manera en la necesidad de distinguir el peligro como estado de la peligrosidad de la conducta. Cuando ésta produce un resultado de peligro, estamos ante un delito de peligro concreto. Por lo tanto, la clave

no está en distinguir entre puestas en peligro abstractas o concretas, sino entre conductas cuya peligrosidad en el caso particular se determina de manera abstracta o concreta. En este sentido, estimo que las categorías de peligro abstracto y concreto están en condiciones de abarcar todas las diversas estructuras delictivas basadas en el peligro que cumplan los parámetros de legitimidad político-criminal a los que se ha aludido.

En este orden, es posible apreciar dolo en el correspondiente delito de peligro abstracto cuando la voluntad del autor comprende la puesta en práctica de la conducta con consciencia de la peligrosidad de la misma⁵⁸⁰. Por lo tanto, el dolo no puede darse por sentado por la mera realización de la conducta descrita en el tipo, con independencia del conocimiento del autor acerca de la peligrosidad de la conducta. Más concretamente, en el ámbito subjetivo debe concurrir al menos imprudencia, como posibilidad de como mínimo conocer la objetiva peligrosidad del comportamiento. Ello permite explicar de forma más satisfactoria el marco penal asignado a muchos de los delitos de peligro abstracto, y por lo tanto amoldarlos mejor a las exigencias de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

La preservación de las reglas que conforman el orden jurídico-penal sólo tiene sentido en la medida que con ello se salvaguarden bienes jurídicos, de modo que el fin del Derecho penal debe ser de carácter material, al no poder orientarse al mantenimiento de su propio funcionamiento o eficacia. En caso contrario, la justificación del Derecho Penal sería circular o remitiría al interior de sí mismo, y en esta medida se convertiría en tautológica, lo que supondría validar tendencias antigarantistas potencialmente idóneas para desdibujar las características del sistema que lo identifican como tal. Así pues, la exigencia de lesividad del comportamiento sólo puede entenderse satisfecha en la medida que la técnica de incriminación elegida se muestre respetuosa con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto conlleva, por un lado, la necesidad de garantizar que cada tipo de delito contiene un bien jurídico digno,

⁵⁸⁰ Considera RAGUÉS I VALLÈS, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico...”, pp. 4 y ss., que también existe dolo (eventual) cuando el sujeto actúa con un desconocimiento sobre las leyes causales acusadamente irracional, es decir, cuando se orienta de manera arbitraria, desafiando objetivamente regularidades empíricas obvias o normas de conducta elementales propias de un ámbito específico de actuación. P.ej., el conductor que, sin haberse llegado a representar el peligro de su conducta, con la que causa varias muertes, decide conducir tras haber bebido en abundancia, pese a ser consciente de su escasa habilidad al volante y circulando en exceso de velocidad.

necesitado y capaz de protección penal, y por lo tanto resulta imprescindible evitar abstracciones del mismo que impidan identificar la naturaleza, alcance e importancia del mismo. Y, por el otro, un deber de concretar en la descripción típica, aunque no de manera necesariamente expresa, la nocividad del comportamiento, es decir, su peligrosidad para el interés tutelado. En consecuencia, la prevención y persecución de conductas que sólo muestren una discrepancia con ciertas pautas de un determinado modelo de organización deben quedar reservadas para otros sectores del Ordenamiento. Según esto, sólo pueden incriminarse penalmente aquellas conductas que muestren una potencialidad lesiva relevante para un bien jurídico esencial para la convivencia social que, además, sea claramente identificable.

3.2. Formalismo basado en la presunción del peligro como motivo de la incriminación

La llamada teoría de la presunción de peligro todavía hoy es una de las que goza de mayor aceptación en la jurisprudencia. En ella la punición del hecho se justifica a través de la presunción efectuada por el legislador acerca del peligro para el bien jurídico que entraña la conducta coincidente con la prevista en el tenor literal del tipo⁵⁸¹. Se aduce de este modo que a través de los delitos de peligro abstracto se criminalizan comportamientos a los que se atribuye *ex ante* una peligrosidad estadística, lo que eliminaría la necesidad de probar un contenido material de riesgo⁵⁸². En su formulación original, los partidarios de esta visión preconizaban el carácter *iuris et de iure* de la presunción legal de peligro, por lo que rechazaban la posibilidad de probar la ausencia o insuficiencia del mismo en el caso concreto. En aportaciones posteriores se atribuyó carácter *iuris tantum* a dicha presunción, en cuyo caso sería rebatible en el proceso⁵⁸³.

⁵⁸¹ Los partidarios de esta postura alegan que en los delitos de peligro abstracto el tipo no hace ninguna referencia al bien jurídico, al ser el peligro para éste sólo el motivo de la incriminación de la conducta. Vid. ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 407.

⁵⁸² Desde esta perspectiva, la conducta no se prohíbe por demostrar en concreto su cualidad de peligrosa, sino por pertenecer a una clase de conductas que, con una frecuencia significativa, producen lesiones de bienes jurídicos. Sobre ello, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 238.

⁵⁸³ Algunos autores afirman que para respetar el principio de culpabilidad basta con admitir prueba en contrario acerca de la no peligrosidad de la conducta. Según ellos, entender que el tipo sirve para proteger determinados objetos concretos, no obliga a comprobar que en el caso concreto éstos han sido efectivamente puestos en peligro. Es decir, sostienen que el peligro abstracto, si se concibe como “probabilidad de un peligro concreto”, se configura como un peligro concreto pero con una intensidad menor. La solución pasaría entonces por condicionar la punibilidad del hecho a la infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes, como peligro de un resultado, no como resultado de

Sin embargo, también bajo esta óptica se crea una ficción acerca de la abstracta peligrosidad de la conducta concretamente realizada⁵⁸⁴. Por lo tanto, desde ambos puntos de vista el castigo se basa únicamente en la referencia a la relevancia lesiva general de la clase de comportamiento descrito por el tipo, lo que eximiría de ulteriores comprobaciones en relación con la peligrosidad de la conducta individual⁵⁸⁵.

La adecuación general del comportamiento no sólo sería entonces la razón o motivo de la prohibición, sino que se elevaría a la condición de factor decisivo de la tipicidad objetiva⁵⁸⁶. Es decir, al no ser la peligrosidad de la conducta individual una circunstancia del tipo, éste únicamente se vincularía a la realización de la actuación descrita, con independencia de la capacidad lesiva del acto concretamente realizado⁵⁸⁷. Que la peligrosidad sea una característica común a un grupo de conductas según la experiencia observada, no significa que sea un atributo de la actuación individual. Ésta no puede castigarse entonces por el dato de pertenecer a un grupo de comportamientos que generalmente o con una frecuencia constante causan las consecuencias negativas cuya producción se trata de evitar. El peligro típico no puede ser sólo un fenómeno regular o común a una determinada clase de hechos, sino que debe ser una característica específica de la situación concreta⁵⁸⁸.

peligro, de modo que los delitos de peligro abstracto se estructurarían como tipos imprudentes sin consecuencias *ex post*. *Ibidem*. pp. 407 y ss.

⁵⁸⁴ Relacionado con esto, explica RUSCONI, *Cuestiones de imputación...*, pp. 133 y ss., que a través del principio de *in dubio pro reo* se asegura que el estado de duda implique siempre una decisión de no punibilidad. Este principio, conjugado con la necesidad de que incumba a la acusación probar positivamente los elementos del delito, llevan a la conclusión de que en los delitos de peligro abstracto, en caso de duda sobre la peligrosidad *ex ante* de la conducta, procede la absolución del sujeto contra el que se dirige el procedimiento.

⁵⁸⁵ La referencia al bien jurídico no puede ser mera *ratio legis* no sujeta a comprobación en el caso concreto, por lo tanto lo protegido no puede ser únicamente el contexto en el que aquél se desenvuelve. Por ejemplo, en relación con el medio ambiente, para provocar la intervención penal no basta con que se afecte un determinado ecosistema en términos que superen los estándares administrativos establecidos. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 134 y ss.

⁵⁸⁶ Se opera de esta manera a través de un proceso inductivo: a partir de unas condiciones mínimas que pueden señalarse como causas de eventuales resultados lesivos, se establece que todo comportamiento que reúna esas condiciones es peligroso en abstracto. Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 238.

⁵⁸⁷ En otras palabras, el peligro sería la razón que induce el legislador a criminalizar una determinada conducta, pero el delito no exigiría un peligro como elemento típico. Describiendo este planteamiento, MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 66 y ss.

⁵⁸⁸ El legislador no puede contravenir las leyes estadísticas dentro del proceso de identificación de las conductas que merecen ser penadas por su especial peligrosidad. Esto se configura como un límite a la normativización del juicio de peligro, como señala CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 49 y ss.

Estos discursos pretenden conectar la conducta con el bien jurídico, pero lo hacen de una forma demasiado amplia, al no descartar la hipótesis de castigar conductas que en el caso concreto no aparezcan como *ex ante* objetivamente peligrosas para el interés tutelado⁵⁸⁹. De este modo se reduce el campo de los riesgos socialmente adecuados o permitidos, por cuanto el comportamiento formalmente coincidente con el tipo se castiga con independencia de que sea adecuado para producir la lesión del bien jurídico⁵⁹⁰. Admitir la opción de utilizar el Derecho Penal para facilitar la administración u organización de ámbitos vitales, no obliga a convalidar la posibilidad de operar formalmente sobre la base de presunciones legales de peligro. El hecho sólo alcanza el grado mínimo de lesividad si puede afirmarse la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta concretamente realizada, con todas las circunstancias cognoscibles en el momento de actuar. Las finalidades de protección del tipo no pueden abarcar actos cuya insuficiente lesividad se ponga de manifiesto en el momento de actuar, al no poder el Derecho Penal prohibir comportamientos *ex ante* inofensivos para el bien jurídico. No basta entonces con generalizaciones de peligro al margen del resto de datos sobre el hecho objetivamente advertibles en el momento de la realización de la conducta, ni por lo tanto con la infracción meramente formal de la regla de conducta prescrita.

Las tesis basadas en la relevancia lesiva general de ciertas clases de comportamientos suelen apoyarse en la idea de que la finalidad del Derecho Penal es el mantenimiento de la vigencia fáctica de la norma como pauta de comportamiento. Acostumbran a añadir a ello que los contactos anónimos exigen comportamientos estandarizados conforme a pautas fijadas de modo centralizado por el legislador, al margen de la apreciación individual del sujeto acerca del carácter más o menos arriesgado de su conducta. Esto no implica sin embargo que el peligro pueda presumirse de forma general o abstracta. Es decir, que el punto de vista del sujeto acerca de su hecho no sea relevante desde la perspectiva de la peligrosidad objetiva, no significa que pueda generalizarse la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta⁵⁹¹. No puede afirmarse entonces que la ausencia de peligro en el tipo sea una de las características de los delitos de peligro abstracto, ni que en éstos la apreciación del riesgo se traslade del juez al legislador. Que el legislador

⁵⁸⁹ En efecto, una presunción de peligro, sea o no rebatible en el proceso, conduce a la violación del principio de *in dubio pro reo* porque en los casos en los que la peligrosidad de la conducta sea, cuanto menos, poco clara el resultado puede ser condenatorio, según pone de manifiesto ROXIN, *Derecho penal I...*, pp. 407 y ss.

⁵⁹⁰ Vid. JESCHECK, *Tratado...*, p. 283.

⁵⁹¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 238.

defina en abstracto las notas que caracterizan la peligrosidad de la conducta, al estimar que en tales supuestos el riesgo se suele concretar siempre en un resultado lesivo, no exime de comprobar caso por caso que la conducta posee los rasgos que permiten definirla como peligrosa. En caso contrario, el injusto se sustanciaría en la mera adecuación formal del comportamiento al tipo, lo que obligaría a admitir la hipótesis de imponer una pena ante conductas no peligrosas.

El motivo político-criminal de la incriminación de una conducta puede ser el peligro que la misma genera para determinados intereses individuales según la experiencia general, pero esto no puede confundirse con la estructura objetiva del tipo. Debe descartarse entonces la opción de realizar una abstracción en el caso particular en torno a adecuación de la conducta, por lo que ésta debe comprobarse individualmente en el caso concreto. No afecta suficientemente al objeto de protección la simple pertenencia del acto a un grupo de comportamientos que generalmente presentan unas características comunes. Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, el TS no ha tenido reparos en proclamar que “los delitos de peligro abstracto incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro un bien jurídico: en ellos, la evitación de los peligros concretos y las lesiones es sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad” (STS 1377/1997, de 17 de noviembre).

En mi opinión no resulta convincente *objetivar* los elementos del delito en el sentido de anular completamente el arbitrio judicial en la determinación de lo que puede considerarse una conducta materialmente peligrosa para el bien jurídico. En coherencia con ello, la *ratio* justificativa de los delitos de peligro abstracto no puede girar alrededor de la reducción de la incertidumbre a la que potencialmente está expuesto el juez al conformar su convicción sobre esta circunstancia del hecho. Un mínimo grado de arbitrio judicial es intrínseco al proceso penal, al ser éste el mecanismo que posibilita una respuesta judicial adecuada a las circunstancias del caso concreto. Por más que el legislador intente buscar en el Derecho Penal la solución a algunos de los problemas sociales, al considerarlo un instrumento idóneo para lograr los objetivos que le preocupan – fundamentalmente, la prevención de determinadas conductas y la comunicación a la sociedad del mensaje de que afronta la problemática en cuestión con el instrumento más contundente del que dispone –, lo cierto es que existen límites al

despliegue de la actividad punitiva que la técnica del peligro abstracto no puede franquear.

Un ejemplo paradigmático de como en algunas ocasiones el legislador pretende dar por probada la lesividad material del hecho – es decir, el peligro para el bien jurídico protegido – es la conducción con superación de una determinada tasa de alcoholemia (art. 379.2 CP). Algunos autores ven en este precepto la introducción de una presunción legal en virtud de la que se entiende configurado el delito cuando la conducción tiene lugar tras una ingesta alcohólica que determine la superación de la tasa de impregnación etílica establecida por la propia norma. De esta manera se pretenden unificar las decisiones judiciales sobre esta materia, al establecerse unos baremos objetivos que determinan, en todos los casos, la existencia de influencia etílica. Se critica que bajo esta perspectiva el Derecho Penal ya no sería la *ultima ratio* mediante la que se tipifican las conductas socialmente más intolerables contra los bienes jurídicos más importantes, sino que perseguiría otras conductas, peligrosas o no, para alcanzar a través de su criminalización el efecto preventivo pretendido. Ya no se trataría entonces de evitar la realización de conductas peligrosas mediante su punición, sino de evitarlas con la punición de todos aquellos actos que de alguna manera puedan perjudicar la aplicación práctica de las medidas administrativas establecidas por el legislador para lograr la citada finalidad preventiva. La máxima expresión de esta lógica sería la tipificación como delitos de peligro de conductas caracterizadas por la mera infracción de estándares de riesgo, en cuyo caso prácticamente dejarían de regir los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad. Desde esta óptica ni siquiera sería necesario un riesgo potencial para el bien jurídico protegido, ya que dicho riesgo lo habría configurado el legislador al incriminar la conducta como peligrosa por sí misma, al margen de su proyección en la realidad⁵⁹².

En relación con este particular, de establecerse un sistema de presunciones legales como regla sobre la valoración de la prueba, se infringiría el principio consagrado en nuestro modelo procesal de libre valoración probatoria, lo que convertiría en innecesario el proceso en lo concerniente a la subsunción típica por el juez a la vista de los hechos en función de la concreta lesividad material de estos últimos. Bastaría entonces con

⁵⁹² Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 38 y ss.

constatar el presupuesto fáctico – la realización formal del tipo – para considerar probado el carácter penalmente relevante de la conducta. Se trataría en suma de una precalificación del comportamiento por parte del legislador en virtud de la cual ya no sería necesario comprobar la peligrosidad de éste, ni por lo tanto proceder a su valoración, al ser suficiente con acreditar un dato objetivo de carácter empírico: que se ha realizado la actuación incriminada⁵⁹³. De esta manera la detección de la conducta apta en el caso concreto para lesionar el bien jurídico sería una mera cuestión de suerte.

Que en los delitos de peligro abstracto el riesgo para los bienes jurídicos protegidos no se mencione explícitamente en el tenor del precepto penal correspondiente no implica que el peligro sea simplemente el motivo de la creación del mismo. Evidentemente, el tipo de los delitos de peligro abstracto define una conducta peligrosa al estimarse que de ella surge, aumenta o no disminuye un riesgo para el bien jurídico. Pero esto no habilita para trasladar la decisión sobre el peligro del juez al legislador: éste se limita a establecer en abstracto las características definitorias de la peligrosidad de la conducta según las reglas obtenidas de la experiencia, por lo que corresponde al juez verificar que la conducta individualmente considerada es peligrosa más allá del riesgo demostrado a través de estadísticas. Por consiguiente, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta específica no viene estimada únicamente por la descripción típica, sino que además debe corroborarse la existencia de peligro para una víctima potencial indeterminada. En efecto, mientras que la existencia de peligro concreto requiere la determinación del sujeto pasivo, los delitos de peligro abstracto se caracterizan por la pluralidad e indeterminación *ex ante* de las víctimas en cuanto a su número e identidad: son, en este sentido, delitos sin víctimas.

Las consideraciones vertidas permiten rechazar las posturas según las cuales con los delitos de peligro abstracto tan sólo se tipifican conductas reputadas generalmente peligrosas según la experiencia, en el sentido de presumirse la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico. Las presunciones son incompatibles con los principios legitimadores de la intervención penal, especialmente con el principio de lesividad⁵⁹⁴, lo que impone la obligación de comprobar en el caso concreto la creación de una situación

⁵⁹³ La anulación de la posibilidad de valoración judicial del hecho podría resultar incompatible con los fines de la separación de poderes inherente a un Estado democrático de Derecho. *Ibidem.* pp. 46 y ss.

⁵⁹⁴ *Ibidem.* pp. 68 y ss.

comprometedora de la estabilidad del objeto de protección. Al ser ésta una característica común a todos los tipos de delito, algunos autores se decantan por conceptualizar los delitos de peligro abstracto a partir de un criterio negativo o residual conforme el cual serían figuras que no exigirían en el caso concreto la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito⁵⁹⁵.

Si sólo se atiende a la relevancia lesiva abstracta del comportamiento, la explicación de la razón del castigo concreto no se basa en una relación de frecuencia estadística entre dos sucesos, entre la conducta individual y el resultado temido, sino en la concurrencia en el caso de ciertas condiciones que hacen de una conducta algo peligroso para el bien jurídico, de manera que con la constatación de la existencia de dichas condiciones se entiende producido el peligro. Con todo, la terminología del peligro presunto puede ser útil para comprender algunos tipos de peligro abstracto presentes en nuestra realidad legislativa, lo que naturalmente no equivale a aceptar de *lege ferenda* el establecimiento de presunciones en el ámbito jurídico-penal. Podría ser un ejemplo de lo expuesto el delito contenido en el art. 384 CP, en el que de la conducción de un vehículo a motor careciendo de la autorización administrativa necesaria para ello se deduce legalmente un peligro para la seguridad vial, con independencia de las circunstancias del caso. Este precepto evidencia un dato innegable, esto es, que en la formulación típica de algunos delitos de peligro abstracto la adecuación de la conducta no es más que una consideración efectuada por el legislador no reflejada en el tipo. De esta manera la conducta no está prohibida porque en el caso concreto lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, sino por pertenecer a una clase de comportamientos que generalmente o con una frecuencia relevante conllevan consecuencias indeseables, por lo que la peligrosidad del hecho no es más que la *ratio legis*, el motivo que ha llevado al legislador a incriminarla. Ello supone excluir del círculo de actos socialmente adecuados o penalmente insignificantes determinados comportamientos por el peligro general de que se produzca un resultado de lesión, lo que desde perspectivas funcionalistas se justifica en la supuesta necesidad de facilitar la administración u organización de ciertos ámbitos vitales.

⁵⁹⁵ *Ibidem.* p. 70.

Con esta concepción de la peligrosidad típica basta con que, como regla general, las conductas previstas vayan asociadas a la creación de un riesgo de lesión del bien jurídico, sin requerir que la conducta concreta sea de hecho individualmente peligrosa. Bajo este modelo de formulación e interpretación de los delitos de peligro abstracto, éstos siguen siendo meros delitos de desobediencia, habida cuenta de que la realización de la conducta típica sería punible por su dimensión de infracción de la regla de comportamiento preestablecida por el legislador. Entre las razones esgrimidas para rechazar una concepción formal de los delitos de peligro abstracto, destaca por su solidez lógica aquella según la cual poco sentido tiene castigar una conducta cuando el mundo real – esto es, la realidad en la que la misma se desenvuelve en el caso concreto – desmiente la ficción general establecida por el legislador en cuanto a su aptitud para lesionar el bien jurídico. Es decir, lo más razonable es prestar atención a los datos del caso concreto en la medida que éstos pueden contradecir la regla de experiencia formulada de manera centralizada por el legislador con arreglo a criterios estadísticos generalizadores. Resulta absurdo en consecuencia negar de antemano la posibilidad de que dicha regla de experiencia admita excepciones, esto es, que pueda haber algún caso concreto en el que no se cumpla, en cuyo caso ni siquiera se estaría cuestionando la vigencia de la misma como criterio general.

Estimo factible en definitiva someter a una revisión crítica el “paradigma del ataque” como idea sobre la que fundamentar los delitos de peligro, mediante la que sea posible superar la aparente contradicción que encierra compatibilizar las ideas del adelantamiento de la protección con las exigencias de lesividad del comportamiento prohibido. Esta relativa antinomia es cierta en la medida que expresa la tensión entre dos polos opuestos, pero puede resolverse satisfactoriamente si se renuncia a maximizar en términos absolutos la tendencia hacia uno de ellos. La búsqueda de la mayor eficacia preventiva posible es inadecuada en un Derecho Penal que no hace de la evitación de lesiones a bienes jurídicos el único eje del sistema.

Conviene insistir en que toda presunción *iuris tantum* acerca de la peligrosidad de la conducta supone invertir la carga de la prueba, lo que resulta contrario al principio de *in dubio pro reo*. Según esto resulta difícil admitir que en los delitos de peligro abstracto sea el propio autor quien debe probar la no peligrosidad de su conducta. De operarse mediante presunciones, en caso de que no alcanzar el acusado a probar la ausencia de

peligro, la duda le perjudicaría y por lo tanto debería ser condenado. Por otro lado, en aquellos delitos de peligro abstracto en los que no pueda identificarse claramente la relevancia lesiva general del comportamiento descrito en el tipo, ni por lo tanto un contenido de lesividad suficiente en las conductas que lo realizan, debe contemplarse la hipótesis de su posible inconstitucionalidad, y no buscar salidas que supongan forzar los principios garantistas del Derecho Penal propios de un Estado social y democrático de Derecho.

3.3. Tesis basadas en la lesión de la seguridad en la disposición de bienes

Bajo este punto de vista, el contenido de lesividad específico de los delitos de peligro abstracto consistiría en el menoscabo de la seguridad en la existencia de intereses individuales o en la tranquila disposición de los mismos⁵⁹⁶. Esto conformaría una suerte de daño *sui generis* distinto de la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, el cual no se definiría por ser un estadio previo a la lesión de intereses individuales, sino por afectar a las posibilidades de disponer de éstos de forma segura (esto es, a las condiciones que aseguran la pervivencia de los bienes). Se menoscabarían entonces las condiciones necesarias para garantizar una segura y despreocupada facultad de disposición sobre algún interés individual. De este modo la conducta prevista en el tipo implicaría una disminución o exclusión de las expectativas de disposición de bienes individuales, lo que debería ser compensado normativamente a través del refuerzo de la pretensión objetivamente fundada de que el titular del bien individual podrá utilizarlo de manera libre, esto es, en ausencia de condiciones relevantes para la lesión.

Con arreglo a este punto de vista, los delitos de peligro abstracto comprenderían en cierta medida un desvalor de resultado consistente en la lesión en la seguridad en la disposición de bienes, el cual dispondría de una significación axiológica propio al ser diferente de la lesión de bienes jurídicos. Entre las críticas que cabe formular a esta concepción, destaca que la misma no es adecuada para captar el específico contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto, por cuanto la lesión de las posibilidades de disposición sobre bienes también sería un rasgo característico – tal vez con mayor

⁵⁹⁶ En la doctrina española se muestra partidario de esta postura ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, p. 199, según quien “en los delitos de peligro abstracto, en los que el concepto de peligro es idéntico [al de los delitos de peligro concreto], lo que cambia es el referente que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad”.

motivo— de los delitos de peligro concreto y de lesión. Por otro lado, de bastar con que el autor interponga una condición en cuya ausencia pueda confiar un sujeto racional, el hecho no aparecería rodeado de una carga de lesividad suficiente. Asimismo, esta concepción entraña el riesgo de identificar la lesión de la seguridad en la disposición de bienes individuales con el mero incumplimiento de la regla o estándar tipificado. Es decir, de que las expectativas de seguridad se consideren lesionadas por la simple realización de una conducta perteneciente a una clase de comportamientos definidos previamente como generalmente perturbadoras de aquéllas⁵⁹⁷.

En efecto, la noción de seguridad puede convertirse en meramente formal si se estima que consiste en el simple incumplimiento del régimen de relaciones sociales preconfigurado. Si la realización del comportamiento se reputa sin más como lesivo de los parámetros de segura disposición sobre los bienes tutelados, sin consideración de las circunstancias concretas del caso, se acaba cayendo en una argumentación circular en la que la noción de seguridad se generaliza en abstracto. Esto sería así aunque la lesividad de la conducta se examine desde la perspectiva de las potenciales víctimas, por cuanto la confianza en la ausencia de ciertos comportamientos carecería de una fundamentación material.

Lo cierto es que la seguridad en la disposición de bienes no puede generalizarse en abstracto, al depender del caso concreto. No existe un grado de seguridad medio que se lesione más o menos en función del tipo de delito de que se trate. Por otro lado, el nivel de seguridad potencialmente lesionado por la conducta no es susceptible de ser conocido objetivamente en el momento de actuar, sino que sólo puede serlo *ex post* a través de la comprobación del efecto que la conducta ha tenido en el estado anímico de la víctima.

Por lo demás, el menoscabo de la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de forma segura no puede concebirse como un daño *sui generis* porque el mismo en

⁵⁹⁷ Los delitos de peligro abstracto están para proteger bienes jurídicos, no sólo para ofrecer “seguridad”. En la misma línea, estima ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 409, que la finalidad de los mismos no puede ser únicamente asegurar un estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente, ni la legítima despreocupación al disponer de bienes. Según el autor, la despreocupación y la falta de temor en la disposición de bienes — sin duda deseables — sólo se pueden alcanzar mediante la protección de los intereses amenazados, la cual seguiría siendo el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto: “la provocación de ‘seguridad’ es sólo, como en todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la — previa — protección de bienes jurídicos”.

realidad se refiere al componente de desvalor de la conducta propio de todo ilícito penal, es decir, a la posibilidad no insignificante ni socialmente adecuada de lesionar el bien jurídico. De los delitos de peligro abstracto no se desprende por tanto un desvalor de resultado específico, sino que en ellos las exigencias típicas de la consumación se satisfacen materialmente con la presencia del desvalor de la conducta inherente a todo injusto penal (con el único matiz de que en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales el tipo precisa además la lesión del bien intermedio).

En resumen, la fundamentación del injusto de los delitos de peligro abstracto en la seguridad en la disposición de bienes obvia la idea de peligrosidad o relevancia lesiva del comportamiento, lo que aboca esta concepción a regirse con arreglo a parámetros meramente formales, a lo que debe agregarse el carácter subjetivo de dicho concepto de seguridad. O bien ésta es formal, en cuyo caso estaría constituido por el mero respeto a un orden preestablecido y por lo tanto por el simple cumplimiento de la norma, o bien la idea de peligrosidad no puede ser irrelevante, al depender de ella el quebrantamiento material y en el caso concreto de la confianza a preservar. Se quiere significar con ello que plantearse la lesión de la confianza en la segura disposición de un bien sólo tiene sentido si no se trata de conductas que pueden afectar a la seguridad real del mismo, esto es, que lo pueden lesionar. Por lo tanto, la confianza en la disposición de bienes queda vacía de contenido si no va referida a conductas con capacidad para producir determinados efectos no deseables, de modo que ha de relacionarse en última instancia con comportamientos idóneos para afectar al bien jurídico en términos de posibilidad de lesión o de puesta en peligro de lesión.

Por otra parte, en caso de que se entienda que con los delitos de peligro abstracto se tipifican sin más conductas que violan condiciones estandarizadas, de manera que su injusto se agote en la simple infracción de patrones de seguridad previamente fijados, se consagra una explicación puramente formal, circular y tautológica de la lesión de la confianza en la seguridad sobre la disposición de bienes. Esto sería así porque la actuación contraria a estos parámetros sería por sí misma automáticamente lesiva de la seguridad, de modo que ésta se identificaría con el mero cumplimiento de la norma. Por consiguiente, si tales parámetros se determinan de modo centralizado por el legislador, se suscitan los mismos problemas que en las otras teorías formales. Puede concluirse entonces que la introducción de un bien adelantado consistente en la tranquilidad en la

disposición de bienes sin peligros no aporta nada a la fundamentación ni a la legitimación del injusto de los delitos de peligro abstracto, al posibilitar la punición de comportamientos totalmente carentes de peligro.

Lo relevante en los delitos de peligro abstracto no es entonces la lesividad de la conducta para la confianza abstracta de un hipotético copartícipe en el cumplimiento de una pauta normativa, es decir la eficacia de una pauta general, sino que el autor realice una conducta cuyos efectos lesivos no puedan controlar ni él ni la posible víctima. Si la seguridad no es sólo formal, el comportamiento prohibido debe ser también peligroso en sí mismo, y por lo tanto no aparecer simplemente como una amenaza a la seguridad en su dimensión de infracción de un estándar de seguridad previamente configurado. Por lo tanto, desde una perspectiva material la idea de seguridad en la confianza en la disposición de bienes acaba remitiendo, como decía, a la adecuación de la conducta para lesionar bienes jurídicos. Esto habilita para postular que la noción de protección de las condiciones de seguridad es un concepto excesivamente vago e indeterminado, que además no aporta referencias materiales significativas en la fundamentación de los delitos de peligro abstracto. El carácter acusadamente plástico e impreciso de este concepto determina que carezca de un auténtico potencial crítico, e incluso que pueda comportar una ampliación de los márgenes de tutela más allá de lo deseable en un Derecho Penal construido sobre la idea de protección de bienes jurídicos frente a ataques previsiblemente lesivos de éstos. No basta en consecuencia con constatar que los delitos de peligro abstracto aseguran la integridad de un específico complejo de expectativas, sino que además debe justificarse la necesidad de asegurarlo o estabilizarlo normativamente.

3.4. Tesis basadas en la comparación con el tipo objetivo de la imprudencia

Desde esta perspectiva el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto se compara con el de la imprudencia. El carácter imprudente de la conducta es lo que permitiría conectarla al bien jurídico, por lo que se propone asimilar los delitos de peligro abstracto a una suerte de tentativa imprudente acabada, caracterizada por la idoneidad y por ende peligrosidad del comportamiento, pero realizada sin voluntad de poner en

peligro el bien jurídico⁵⁹⁸. En defensa de este discurso se arguye, en definitiva, que la relevancia penal de la conducta del autor depende de la infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes⁵⁹⁹. Se intenta limitar con ello la punibilidad de las conductas abstractamente peligrosas a las que además infrinjan un objetivo deber de cuidado fundamentado en la aptitud *ex ante* del concreto acto realizado para lesionar el bien jurídico, o en la circunstancia de haber actuado el sujeto sin asegurarse previamente de que excluía toda posibilidad de daño.

Ahora bien, la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta para el bien jurídico es un atributo predicable de cualquier tipo penal, obviamente también de los imprudentes⁶⁰⁰. Pero esta peligrosidad debe comprobarse en el supuesto concreto, puesto que en caso contrario el injusto se formalizaría. No es posible por lo tanto establecer reglas de conducta con una función meramente organizativa, sancionadoras del simple incumplimiento de la norma prescrita, sino que debe comprobarse que la actuación en el caso concreto podía generar alguna consecuencia indeseable para algún bien jurídico individual. La delimitación del injusto de los delitos de peligro abstracto por comparación con el de la imprudencia sólo tiene sentido si se lleva hasta sus últimas consecuencias. Es decir, si la infracción de un deber de cuidado, y por ende la peligrosidad de la conducta, se determinan de forma individual, en los mismos términos que en los delitos imprudentes. Si se determina de forma general, se acaban castigando meros delitos formales. Debe recordarse en este punto que el enfoque de carácter individual-material por el que se aboga – no privativo de la imprudencia sino propio del injusto penal en general – se fundamenta en la exigencia de peligrosidad *ex ante* de la conducta como elemento del tipo objetivo.

Entre otros autores, ROMEO CASABONA precisa que en los delitos imprudentes el contenido jurídico del deber de cuidado no aparece precisado por la ley, sino que es el juez quien ha de

⁵⁹⁸ A juicio de ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, pp. 86 y ss., la posibilidad de tentativa imprudente no es conceptualmente imaginable, habida cuenta de que la tentativa comporta siempre una actitud subjetiva propia de los delitos dolosos, es decir, la intención de realizar la conducta y de producir el resultado típico, lo que por definición no sería compatible con la imprudencia, y justificaría el recurso al peligro abstracto como técnica de tipificación.

⁵⁹⁹ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 40 y ss.

⁶⁰⁰ Como observa CORCOY BIDASOLO, “desde la perspectiva del injusto típico, el tipo objetivo supone, en todo caso, la creación de un riesgo grave para un bien jurídico-penal – o el no control de un riesgo equiparable a su creación –. Por consiguiente, la constatación de la existencia de un peligro idóneo, *ex ante*, para lesionar un bien jurídico será el presupuesto común a todos los delitos, ya sean de peligro o de lesión, y ya sean dolosos o imprudentes”. *Ibidem.* pp. 40 y 41.

valorar en el caso concreto si hubo o no una infracción de dicho deber de cuidado. Ello debe hacerse de acuerdo con unos principios: averiguación del cuidado necesario en la relación de que se trate y su comparación con la conducta ejercitada por el autor, a fin de determinar si existe o no correspondencia entre ambos. Según esto, el cuidado debido se configura como un concepto objetivo y normativo, puesto que el criterio es el cuidado necesario en el sector de actividad concreto de que se trate (tráfico rodado, medicina, construcción, etc.), según la opinión de un hombre inteligente y prudente, en la situación del autor⁶⁰¹.

Algunos de los sectores partidarios de esta concepción aducen que los delitos de peligro abstracto conforman una suerte de tentativa de delito imprudente, al faltarles el resultado *ex post* – de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico – propio de los tipos culposos⁶⁰². Se aspira así a neutralizar el “riesgo de error” mediante la imposición del deber de omitir el comportamiento considerado peligroso, es decir, de observar el cuidado exigible. Pero la comparación con la imprudencia en muchas ocasiones no se lleva hasta sus últimas consecuencias, toda vez que no se exige que la existencia de la infracción de un deber de cuidado se determine individualmente en el caso concreto. Por lo tanto, también bajo esta perspectiva la peligrosidad de la conducta suele determinarse de forma general. Ello supone obviar que no toda realización “aparente” o formal del tipo lo realiza materialmente, es decir, que la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta es un elemento del tipo objetivo⁶⁰³. La simple realización de la conducta descrita en el tipo no tiene por qué entrañar por sí misma la infracción de un deber de cuidado. Esta concepción conduce en consecuencia a la punición de supuestos en los que el autor o un tercero han adoptado medidas excepcionales que excluyan *ex ante* la peligrosidad de la conducta.

A título de ejemplo: quién entrega directamente una mínima cantidad de droga a un familiar recluso para que palie el síndrome de abstinencia, si bien realiza en sentido formal la infracción contenida en el delito de tráfico de drogas, no puede afirmarse, conforme a un juicio de objetiva previsibilidad *ex ante*, que ponga en peligro el bien jurídico, al no existir a priori un

⁶⁰¹ Vid. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, pp. 3 y ss.

⁶⁰² En efecto, desde esta perspectiva los delitos de peligro abstracto serían *modalidades de delitos imprudentes* que sólo se diferenciarían de éstos por la no exigencia de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, según explica MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 86 y ss.

⁶⁰³ Para advertir un daño en la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa, como “resultado de peligro abstracto”, es necesario abandonar la identificación entre resultado típico como efecto físico-externo y resultado penal, tarea en la que es fundamental la perspectiva normativa. Al respecto, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 332 y ss.

riesgo suficiente de difusión incontrolada de la sustancia o de que ésta sea consumida por un tercero.

El ámbito de la tipicidad que resulta de las interpretaciones generalizadoras y formales del peligro sólo puede restringirse si se configura como un juicio individualizado acerca de la previsibilidad de que la conducta cause la lesión del interés tutelado, en consideración a las circunstancias concretas *ex ante* cognoscibles⁶⁰⁴. Por otro lado, como decía, la existencia de un peligro *ex ante* de lesión del bien jurídico no es un requisito privativo de la imprudencia, sino común a toda clase de tipo penal, al depender siempre la tipicidad objetiva de la creación de un riesgo grave para el interés tutelado o la falta de control sobre un riesgo que sea equiparable a su producción⁶⁰⁵. Sentado lo anterior, la estructura de los delitos de peligro abstracto se asemejaría más a la de la tentativa inidónea, al no exigir ésta la producción de ningún resultado *ex post* de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico⁶⁰⁶.

Pues bien, una vez esbozadas las anteriores premisas puede concluirse que parece correcto categorizar el peligro abstracto como infracción del deber objetivo de cuidado⁶⁰⁷, siempre que tal equiparación entre el objetivo desvalor de la conducta de los delitos imprudentes y el de los delitos de peligro abstracto se desarrolle coherentemente conforme a pautas materiales⁶⁰⁸. Sin embargo, dado que la creación o no control de una situación de peligro objetivo para bienes jurídico-penales es el fundamento de la incriminación y punición de cualquier modalidad delictiva, los delitos de peligro abstracto presentan más paralelismos con la tentativa inidónea, en la medida que en estas dos figuras se suscitan los mismos problemas en cuanto a la justificación desde

⁶⁰⁴ Según explica CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 45 y ss., el juicio de peligro tiene carácter normativo porque la ciencia, en su estadio de desarrollo actual, no puede conocer todas las leyes que rigen la probabilidad, lo que determina que en cada caso concreto existan factores aleatorios no cognoscibles o no susceptibles de ser pronosticados. Partiendo de esta constatación, según la autora, el grado de probabilidad necesario para convertir el peligro en penalmente relevante ha de tener una entidad tal que roce la “seguridad de lesión”.

⁶⁰⁵ Sobre la “dominabilidad o posibilidad de control del riesgo” como factores que inciden en el juicio de peligro, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 337 y ss.

⁶⁰⁶ Vid. SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 339 y ss.

⁶⁰⁷ Defiende la compatibilidad con el Derecho vigente de considerar los delitos de peligro abstracto como imprudencias sin consecuencias, ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 409.

⁶⁰⁸ P. ej., desarrolla coherentemente la comparación entre los tipos de peligro abstracto y los imprudentes, ROXIN, al condicionar la punibilidad de la conducta a la infracción del cuidado debido, en el sentido de exigir un “peligro de resultado” pero no un “resultado de peligro”, lo que conformaría una suerte de tentativa imprudente. *Ibidem*. p. 408.

una óptica objetiva del castigo de las conductas que las realizan⁶⁰⁹. Concretamente, el problema que con especial rigor se suscita tanto en la tentativa inidónea como en los delitos de peligro abstracto estriba en determinar cuándo puede afirmarse que se crea una situación de peligro para un bien jurídico. Como observa CORCOY BIDASOLO, de ello se desprenden otras cuestiones accesorias: ¿Qué grado de apariencia de peligro objetivo *ex ante* se exige?, ¿Es necesario que exista un cierto grado de peligro objetivo *real*?, ¿Cuáles son los criterios para realizar el juicio sobre esta apariencia de peligro?, ¿Cuál es la función de los delitos de peligro y de la tentativa inidónea si *ex post* no se ha puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido?⁶¹⁰. Las mencionadas analogías entre la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto habilitan, por un lado, para trasladar en la medida de lo posible el esquema central de la primera a los segundos y, en consecuencia, para equiparar sus respectivos tipos objetivos. En coherencia con ello, al superar la punibilidad de la tentativa inidónea el test de legitimidad político-criminal que deriva del principio de lesividad, también deben superarlo los delitos de peligro abstracto. En los argumentos justificativos del castigo de la tentativa inidónea pueden hallarse en consecuencia los criterios sustantivos necesarios para validar político-criminalmente los delitos de peligro abstracto, así como para aplicarlos con arreglo a parámetros restrictivos, en el sentido de que no toda conducta formalmente subsumible en su tipo objetivo lo realice en términos materiales.

En cuanto a las posiciones que identifican el injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto con el de la imprudencia, puede decirse que ciertamente dejar al azar la lesión del bien jurídico individual constituye una actuación al menos imprudente⁶¹¹. En este sentido, la aproximación de los delitos de peligro abstracto al delito imprudente conforma desde luego un progreso significativo en la atribución de un sentido materializador a estos tipos en virtud del que se enriquece su contenido de injusto. Con la contemplación de los mismos como imprudencias sin resultado, o como una suerte de tentativa imprudente, se sientan las bases para evitar el castigo de comportamientos

⁶⁰⁹ Según ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, p. 75, “nos encontramos con que en los delitos de peligrosidad también es legalmente necesaria la verificación de la peligrosidad de la acción en cada caso concreto. Sin embargo, esto ya no lo inferimos directamente de la Parte Especial del CP – de los tipos penales correspondientes–, sino de su Parte General. En efecto, la doctrina española entiende de forma mayoritaria que lo injusto de los delitos dolosos de acción requiere para que quede constituido el desvalor de la acción que la acción sea peligrosa desde una perspectiva *ex ante*, a la vista de la regulación de la tentativa introducida en el CP de 1995”.

⁶¹⁰ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 42 y ss.

⁶¹¹ En la misma línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 304.

caracterizados por la ausencia de toda peligrosidad para el bien jurídico individual. Conforme a ello, parece sustancialmente acertado reconducir los delitos de peligro abstracto a la infracción de un deber objetivo de cuidado como mecanismo para poner en relación la conducta con la integridad del bien jurídico, siempre que se compruebe en cada caso que el comportamiento realizado supone efectivamente y en concreto la inobservancia de la diligencia necesaria en un determinado ámbito de tráfico. Desde esta perspectiva la cuestión a resolver sería si la conducta descrita en el tipo de los delitos de peligro abstracto constituye una conducta imprudente, y por lo tanto si con ella se produce la correspondiente infracción de una norma de cuidado. Para ello no sería suficiente con la mera puesta en práctica de la conducta abstracta y generalmente peligrosa descrita en el tipo, sino que además debería constatarse la concurrencia de la infracción del deber de cuidado en el caso individual. No cabe duda de que según esta dirección lo decisivo no es que la conducta sea causal respecto de un determinado resultado, sino que sea adecuada para producirlo, de manera que la aptitud cognoscible *ex ante* de la misma para ocasionar un menoscabo del bien jurídico se erige en fundamento material del juicio de antijuridicidad. Sin embargo, esta comparación entre los delitos de peligro abstracto y la imprudencia sería más discutible en relación con el tipo subjetivo, al no resultar válida en supuestos de culpa inconsciente, ya que en ellos el sujeto ignora la peligrosidad de la conducta y, por lo tanto, lo que se imputa desde una perspectiva subjetiva es precisamente la inobservancia del cuidado debido en la detección de la capacidad del comportamiento para lesionar el interés individual.

Por lo demás, se da la circunstancia de que lo único que prohíbe la ley es la realización de una conducta idónea o apta para producir la lesión, de modo que la prohibición de lesionar se articula renunciando al resultado de lesión. Es importante recalcar que la equiparación con la imprudencia sólo puede tener la eficacia correctora pretendida si la contrariedad al deber se condiciona a la posibilidad de imputar al autor un comportamiento idóneo en el momento de realizarse para lesionar el bien jurídico, en la medida que sólo de esta manera la antijuridicidad de los delitos de peligro abstracto puede corresponderse realmente con un hecho imprudente. En coherencia con ello, si el autor dispone de conocimientos especiales que le lleven a excluir la idoneidad de su conducta para la producción del evento temido, no se le podrá dirigir el reproche de la lesión de ningún deber de cuidado, lo que ocurre igualmente en casos de error de tipo invencible. Ahora bien, esta interpretación sólo es viable en caso de que se entienda que

los delitos de peligro abstracto tutelan, ni que sea instrumentalmente, intereses individuales. Si el bien jurídico protegido se contempla como un valor abstracto, el mismo es lesionado con la simple violación formal de la prohibición. En este caso la norma penal tendría una función meramente organizativa o regulativa, y por lo tanto las finalidades del tipo se circunscribirían al mantenimiento de una situación identificada como un interés abstracto. Sin embargo, como se ha dicho, esta visión debe descartarse por cuanto el utilitarismo de la regla no puede orientarse a la generalización de una determinada conducta, sino que también debe prestar atención al hecho concreto y a sus consecuencias específicas. El fin de la norma no puede ser por lo tanto mantener la exigibilidad para todos de un determinado deber.

Sentado lo anterior, aquellos delitos de peligro abstracto cuyo tipo de injusto no pudiera ser reconducido al del delito imprudente no serían dogmática ni político-criminalmente admisibles. Se trataría de delitos sin una función de protección de un bien jurídico individual, y por lo tanto con funciones de organización o tutela de un interés abstracto. Esto justifica la renuncia a rígidas reglas de conducta en favor de una comprobación caso por caso de la efectiva realización de un comportamiento individualmente imprudente. En este orden de ideas, como decía, la incriminación de conductas infractoras de un deber de cuidado contribuye al abandono del momento de azar presente en los delitos de lesión y peligro concreto.

No obstante lo anterior, la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta con arreglo a criterios individual-materiales – en contraposición a los formalista-generales – es en el fondo un presupuesto común a todo tipo de injusto penal. En efecto, la realización aparente o formal de cualquier tipo penal debe deslindarse lógicamente de su realización efectiva o material. Por ello en última instancia de lo que se trata es de aplicar la doctrina de la imputación objetiva en aquellos aspectos que pueda ser válida fuera de la órbita de los delitos de resultado. Es decir, de insistir en la cualidad individual o real y no general o presunta del peligro, sin que por ello mude su naturaleza de peligro abstracto a la de peligro concreto. Efectuadas estas precisiones, estimo preferible incorporar algunas de las ideas de la teoría de la imputación objetiva a los delitos de peligro abstracto a través de la tentativa. Aunque con ello las diferencias en cuanto a la estructura del tipo no serían significativas, en tanto que el injusto se seguiría fundamentando en la realización de una conducta *ex ante* objetivamente peligrosa para

un bien jurídico individual con dolo de peligro pero sin dolo de lesión, lo cierto es que la transición desde la imprudencia hacia la noción más general de imputación objetiva, y en particular hacia la tentativa, presenta una serie de ventajas que no pueden pasar inadvertidas⁶¹².

En ausencia de una previsión específica en la Parte General acerca de la carga mínima de lesividad que ha de incorporar el hecho para ser penalmente punible, la comparación del injusto de los delitos de peligro abstracto con la tentativa permitiría encontrar en el concepto legal que de ésta se ofrece en el art. 16 CP una referencia expresa y estable acerca de la frontera mínima a partir de la cual la intervención penal es legítima. En relación con ello, el grado de injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto no podría ser en ningún caso inferior al de la tentativa inidónea, lo que permitiría delimitar claramente el alcance material de estas formas delictivas. La mayor seguridad y previsibilidad que ofrece la reconducción del injusto de los delitos de peligro abstracto al de la tentativa inidónea deriva en definitiva de la circunstancia de que el CP prevé un concepto legal de tentativa – por cierto bastante satisfactorio –, y no en cambio de imprudencia. Así pues, trasladando con los matices correspondientes los baremos de la teoría de la imputación objetiva, resulta que la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea está en mejores condiciones para expresar el injusto característico de éstos, al manifestarse en dicha modalidad de delito intentado los elementos que como mínimo ha de reunir la conducta para ser penalmente punible desde un punto de vista objetivo. De optarse por el contrario por un acercamiento de los delitos de peligro abstracto a la imprudencia, las inseguridades acerca de la configuración de su injusto material serían tendencialmente superiores, al ser menos inequívocos – a la par que carentes de una conceptualización legal – los presupuestos objetivo-materiales de los delitos imprudentes en comparación con los de la tentativa inidónea.

Estimo en suma que con la equiparación alternativa que se ha propuesto quedaría todavía más clara la no incorporación al ámbito del tipo de los delitos de peligro

⁶¹² Creo que desde el prisma de las concomitancias entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea también es más fácil identificar aquellos casos en los que se han tipificado conductas que ni siquiera en abstracto afectan al bien jurídico, frente a los cuales habría que proponer la derogación de los preceptos implicados, no por haber recurrido a la técnica del peligro abstracto, sino porque la propia conducta incriminada no es peligrosa. Sobre ello, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 209 y ss.

abstracto de aquellas conductas en las que se haya excluido *ex ante* un peligro relevante para el bien jurídico individual, por ejemplo por haber adoptado el autor o un tercero medidas de aseguramiento, con carácter previo o simultáneo a la puesta en práctica de la actuación, de manera que ésta quede comprendida dentro de los márgenes de lo penalmente permitido. Se evidencia así la vocación de materializar, y por lo tanto restrictiva, de esta interpretación. Por otro lado, una comparación de los delitos de peligro abstracto con la imprudencia lo cierto es que no neutraliza completamente el riesgo de acabar configurando infracciones meramente formales. Existe en efecto el riesgo de asumir la tesis de que la ejecución voluntaria de la conducta descrita en el tipo es por sí misma imprudente en relación a una posible lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, en cuyo caso se afirmaría siempre la presencia de un desvalor de la conducta y, por lo tanto, no se plantearía la hipótesis de la posible ausencia de contenido material de antijuridicidad del acto descrito en el delito de peligro abstracto, ni por lo tanto se valorarían las circunstancias concretas del caso para determinar si se ha habido una infracción material y efectiva del deber de cuidado. De juzgarse la peligrosidad en este sentido, se estaría diciendo sustancialmente lo mismo que si se afirma que la conducta es peligrosa en la medida en que coincide con una clase de conductas juzgadas como peligrosas con carácter general por el legislador, o que viola formalmente una norma que establece, también con carácter general, los límites del riesgo permitido⁶¹³.

En contraposición a ello, la asimilación de los delitos de peligro abstracto a la tentativa inidónea proporciona en todo caso un criterio material de peligrosidad o lesividad, al obligar siempre a verificar la creación de un riesgo efectivo no permitido para el bien jurídico conforme a un juicio de previsibilidad objetivo. Por lo tanto, en este caso es menor el riesgo de entender que la mera puesta en práctica de la conducta entraña ya peligrosidad para el bien jurídico, y por lo tanto de formalizar el injusto en términos en realidad parecidos a los de las teorías tradicionales. No puede infravalorarse la importancia de que exista una previsión legal expresa acerca del grado mínimo de lesividad de la conducta – aunque referida a la tentativa, extrapolable a cualquier tipo de delito –, ya que con ella se hace menos necesario recurrir a una interpretación teleológica en la tarea reductora del campo de aplicación de los delitos de peligro

⁶¹³ Explica como la doctrina del fin de protección de la norma proviene del Derecho Civil, donde la doctrina dominante entiende que está llamada a sustituir la teoría de la adecuación, HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, p. 9.

abstracto. Si bien el precepto que la contiene (art. 16 CP) no puede formar parte del tipo de éstos, lo cierto es que proporciona un criterio material de especial utilidad el cual podría aplicarse sin mayores dificultades por vía analógica, al tener en todo caso un significado restrictivo de la tipicidad beneficioso para el reo.

Si bien la determinación del peligro específico de los delitos de peligro abstracto a partir de la infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes conforma un punto de partida sin duda atractivo, lo cierto es que en el seno de este planteamiento restan todavía por unificar homogéneamente algunos de los aspectos y criterios determinantes de la comparativa que se propone, lo que le resta operatividad en orden a conformar un parámetro realmente útil para la interpretación de los delitos de peligro abstracto. A la falta de claridad en cuanto a si la infracción de la norma de cuidado debe producirse en el caso individual o no, debe añadirse la disyuntiva en torno a si esa infracción ha de tener carácter objetivo o subjetivo⁶¹⁴. Si se estima que la infracción de la norma de cuidado, en la que se incurre en los delitos de peligro abstracto, tiene carácter subjetivo, para llegar a una solución de punibilidad basta con que el autor deje de observar las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, aunque las mismas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. De esta manera la objetiva aptitud *ex ante* de la conducta para producir el resultado que se quiere evitar pasa a un segundo plano, y en consecuencia se posibilita el castigo de actos objetivamente inadecuados para producirlo. Así pues, una configuración subjetiva de la infracción de la norma de cuidado que se produciría en los delitos de peligro abstracto conduce a efectos no deseados, por lo que el riesgo de incurrir en los mismos es menor si se opta por la comparación de dichos delitos con la tentativa inidónea, toda vez que a través de ella es más nítida la necesidad de que la conducta sea en el momento de acometerse objetivamente capaz de resultado, también en aquellos casos en los que el sujeto cree erróneamente que lo es, en cuyo caso deberá llegarse a una solución de impunidad, de modo análogo al tratamiento que recibe el error de tipo al revés en la tentativa irreal. Ello contribuye a demostrar que en la asimilación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea la eficacia restrictiva de la tipicidad es superior.

⁶¹⁴ Se refiere a esta controversia, decantándose por una concepción subjetiva de la infracción de la norma de cuidado que caracterizaría los delitos de peligro abstracto, ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 408.

3.5. Tesis basadas en la comparación con el tipo objetivo de la tentativa inidónea

3.5.1. Fundamentación político-criminal

Se ha visto como la lógica de la protección de bienes jurídicos debe ponderarse con los límites de la intervención punitiva, lo que impide subsumir en el tipo conductas que no sean suficientemente peligrosas para el bien jurídico, es decir, conductas que simplemente se desvíen de la regla de comportamiento establecida a nivel formal⁶¹⁵. Al operar los bienes jurídicos como guía hermenéutica de la elaboración dogmática, debe rechazarse cualquier pretensión de fundamentar el injusto en la mera contradicción formal de la conducta con el imperativo contenido en la norma primaria. La nota decisiva de la tipicidad objetiva debe situarse entonces en un plano material: el de la lesividad potencial de la conducta en el caso concreto. Por lo tanto, el hecho, a parte de encontrar acomodo formal en el tipo, debe crear, aumentar o no evitar de forma relevante un riesgo de lesión del bien jurídico. Esto impide operar a partir de generalizaciones o presunciones de peligro establecidas legalmente, esto es, estimar que el injusto se constituye por el mero dato de pertenecer la conducta a una determinada clase de comportamientos considerados generalmente peligrosos, por lo que en el momento de realizarse debe mostrarse a nivel objetivo como potencialmente lesiva en el caso concreto.

Evitar configurar los delitos de peligro abstracto como meras infracciones formales de desobediencia pasa por castigar sólo aquellas conductas que contempladas individualmente revelen suficiente idoneidad *ex ante* para producir el menoscabo en el interés individual que se quiere evitar⁶¹⁶. Ello obliga a descartar la opción de establecer

⁶¹⁵ La valoración del carácter desaprobado o no de un peligro debe descansar en una ponderación entre la libertad de actuación y ciertas pretensiones de protección de bienes. Según esto, la creación o incremento de un peligro sólo resulta desaprobada cuando supera la medida de lo tolerable. La prohibición de un comportamiento sólo estará justificada entonces cuando la misma sea un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes mediante la amenaza e imposición de una pena. Al respecto, por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 65 y ss.

⁶¹⁶ El contenido de tipicidad material de la conducta no puede proceder de la acumulación o reiteración estadística de la misma. La responsabilidad penal debe serlo por el hecho cometido, no por hechos ajenos, si se quiere preservar el principio de culpabilidad. Asimismo, desde un punto de vista político-criminal, los “grandes riesgos” no pueden contemplarse como fenómenos individuales, sino como problemas sistémicos no reconducibles a conductas de personas concretas. Por lo tanto, si la lesión o peligro no son atribuibles a la conducta de un sujeto concreto, la sanción penal vulnera el principio de proporcionalidad

modelos generales de riesgo permitido y estándares de conducta no susceptibles de ser contrastados en el caso concreto, de modo que sólo el peligro para el bien jurídico que genere el acto individualmente considerado pueda entrar dentro del fin de protección del tipo⁶¹⁷. Por lo tanto, la conducta debe permanecer impune si el sujeto excluye antes de actuar cualquier riesgo para el bien jurídico, o se asegura de que éste no sea superior al que concurriría en caso de no realización de la conducta formalmente típica.

Esto es lo que puede suceder, por ejemplo, en el caso de un sujeto que conduce sin haber obtenido nunca la preceptiva licencia o permiso, pero que ha trabajado durante muchos años realizando labores de taxista, sin causar nunca ningún accidente. La pericia en la conducción que revela permitiría sostener que el riesgo de su conducta para el tráfico rodado no es superior al del resto de conductores. Naturalmente, este ejemplo sólo sería válido en caso de que se entienda que en el delito de conducción sin haber obtenido nunca el permiso o licencia se protege la indemnidad de las condiciones de la vía que permiten circular con unas mínimas garantías para la vida y la salud de las personas, no en caso de que se estime que el valor protegido es la eficacia de la actividad administrativa, la cual sí que se vería afectado.

Bajo este punto de vista no puede aceptarse la incriminación de situaciones en las que lo que se castiga es el efecto acumulativo de conductas individualmente inofensivas para el bien jurídico, como en principio sucede con las llamadas acciones en masa y demás delitos basados en la infracción de un estándar de conducta con una función meramente organizativa⁶¹⁸. Cabe constatar pese a ello que la jurisprudencia tiende a primar una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto en la que basta con

(ni el riesgo global ni la pena se “distribuyen” entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asignan a cada sujeto por separado). La consecuencia de ello debería ser, según algunos sectores, que las “contribuciones” individuales a estos problemas estructurales no correspondiera como regla general al Derecho Penal, salvo que la conducta aisladamente considerada constituya un riesgo jurídico-penalmente relevante para el interés tutelado (así, por ejemplo, el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud en grandes cantidades en el seno de una organización o grupo dedicado a tales actividades). Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 146 y ss.

⁶¹⁷ La inclusión de una conducta dentro del riesgo permitido es absolutamente independiente del aspecto subjetivo que haya motivado al autor a desarrollarla, de tal manera que en el famoso ejemplo de la muerte del tío rico en el accidente aéreo la actuación seguirá siendo consecuencia de un riesgo permitido aun cuando el sobrino haya actuado con ánimo homicida. Vid. REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, pp. 94 y ss.

⁶¹⁸ En el Derecho Administrativo sancionador, el daño cumulativo o derivado de la repetición del acto exime de una valoración específica del hecho concreto, en cuyo caso es suficiente con la trascendencia global de un género de conductas. Como explica SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, pp. 139 y ss., la tipificación penal de infracciones administrativas, aunque pretenda cumplir funciones de protección social, muchas veces sólo adquiere un contenido material si las infracciones se contemplan en conjunto, “en cambio, contempladas una a una resultan, ciertamente, formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etcétera”.

constatar la coincidencia en términos generales de la conducta del autor con la descrita en el tipo.

Se quiere significar con todo ello que no se puede operar sobre la base de reglas de probabilidad generales o estadísticas, al margen de la capacidad lesiva de la conducta concretamente realizada. Con todo, evaluar en el caso concreto el peligro de producción de un resultado de lesión no debe confundirse con la comprobación de si se ha producido un resultado de peligro concreto. Por todo ello deben quedar fuera del alcance del tipo los supuestos en los que no resulta previsible el resultado que finalmente se produce, o aquellos en los que el peligro advertido *ex ante* no es suficiente para ser penalmente relevante al ser insignificante o socialmente adecuado⁶¹⁹.

Si se estima que los bienes jurídicos supraindividuales carecen de todo referente individual, el tipo objetivo de los delitos que los protegen no puede equipararse estructuralmente al de la tentativa inidónea ni a una tentativa de delito imprudente. Bajo esta perspectiva no bastaría con la creación de un riesgo no permitido abarcado por el fin de protección de la norma, sino que además debería poder imputarse a la conducta un resultado de lesión del bien jurídico. Esta concepción abriría la puerta a la apreciación de tentativa en aquellos supuestos en los que la conducta, a pesar de su apariencia de objetiva idoneidad *ex ante*, no acaba produciendo *ex post* un menoscabo del interés protegido.

Los conceptos sustantivos de injusto y de bien jurídico permiten graduar el nivel de antijuridicidad material de las conductas formalmente realizadoras del tipo. La intensidad del ataque al bien jurídico y el daño ocasionado a él no podrían ser modulados si el injusto se basara únicamente en la mera desobediencia al imperativo contenido en la norma primaria, o en una presunción general de peligro establecida *ex lege*. Así pues, la visión defendida permite flexibilizar la respuesta punitiva para adecuarla al principio de proporcionalidad⁶²⁰.

⁶¹⁹ Sobre la importancia dentro de la antijuridicidad material de los fines que el legislador quiere alcanzar con la prescripción de la disposición legal, JESCHECK, *Tratado...*, pp. 250 y ss.

⁶²⁰ Como indica STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 135 y ss., responde quien pone en peligro un bien jurídico que no se hallaba amenazado, así como quien empeora la situación de un bien jurídico ya amenazado (por ello responde, p. ej., quien da muerte a un moribundo). La noción de empeoramiento de la situación de un bien jurídico también comprende la eliminación o el debilitamiento

Las conductas *ex ante* objetivamente inidóneas para producir un resultado de lesión del interés individual no son punibles por más que lo acaben ocasionando como consecuencia del efectivo desarrollo causal del hecho. Esto es lo que sucedería por ejemplo si, en un caso de entrega altruista de una cantidad mínima de droga para satisfacer el síndrome de abstinencia de un familiar recluso, la droga acaba en manos de terceros por causas *ex ante* no previsibles. Sentado lo anterior, en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales no basta con lesionar las normas de funcionamiento del ámbito organizativo en el que se desarrollan los intereses individuales, sino que además la conducta debe aparecer como objetivamente peligrosa para éstos en el momento de actuar⁶²¹. Sólo en este caso la infracción puede estimarse consumada.

Por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial, la conducta de conducir con una tasa de impregnación etílica superior a 0,60 mg/l de aire aspirado sólo es abstractamente peligrosa para la vida, la salud y la integridad física de las personas. En una visión personalista del bien jurídico supraindividual, las exigencias típicas podrían reconducirse a la comprobación de que la conducta formalmente coincidente con el tipo considerada individualmente aumenta de manera relevante las posibilidades de lesión de la vida, la salud o la integridad física de las potenciales víctimas, es decir, de las personas que en el caso concreto potencialmente podrían haber entrado en el radio de acción del hecho.

Desde esta perspectiva el mayor castigo de los delitos de peligro abstracto respecto de los delitos de peligro concreto o lesión que protegen los mismos bienes jurídicos individuales podría explicarse por la circunstancia de que en los primeros además se lesiona un ámbito de organización socialmente útil, así como por el dato de que dirigir la conducta contra un número indeterminado y potencialmente alto de víctimas puede ser más grave que lesionar los intereses titularidad de una víctima concreta e individualizada⁶²². De esta manera podría justificarse que la reacción penal fuera más

de las posibilidades de salvación del interés amenazado (p. ej., quien detiene la ambulancia que transporta con urgencia a una persona accidentada).

⁶²¹ Vid. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 346 y ss.

⁶²² La idea de lesión de ámbitos de organización presenta evidentes similitudes con la fundamentación del injusto de JAKOBS, según la cual cualquier hecho punible no es sino comunicación de una regla que se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva cuando dicho hecho alcance una determinada “intensidad comunicativa” suficiente para desestabilizar las expectativas asociadas a la regla cuestionada. Vid. RAGUÉS I VALLÈS, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico...”, pp. 3 y ss.

enérgica frente a la lesión de un interés supraindividual con abstracta puesta en peligro de un interés individual que frente a la lesión de un interés individual. Por otro lado, la exigencia de que los delitos de peligro abstracto generen una afectación negativa de los intereses individuales subyacentes al bien jurídico supraindividual impide considerarlos delitos de consumación anticipada (aunque se produce un adelantamiento de las barreras de protección en la medida que la consumación no precisa la lesión del bien jurídico, al bastar para estos efectos con la puesta en peligro del mismo). Desde la postura que he defendido, cuando la realización de un delito doloso vaya seguida de la producción imprudente de un resultado lesivo tan sólo podría existir una mayor necesidad de pena.

Todo lo dicho permite equiparar la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto a la de la tentativa inidónea. Esto dificulta ciertamente la tarea de apreciar tentativa en ellos, por cuanto la punición de una “tentativa de una tentativa inidónea” llevaría al castigo de una conducta *ex ante* no objetivamente peligrosa para ningún interés individual⁶²³. Sin embargo, la presencia en los delitos de peligro abstracto de un bien jurídico supraindividual dotado de autonomía propia permitiría conformar un concurso ideal de delitos cuando, además de las normas rectoras del modelo de organización, se lesione alguno de los intereses individuales presentes en éste⁶²⁴. Existiría en este caso un concurso ideal entre dos tipos consumados: entre el delito de peligro abstracto y el de lesión. Ahora bien, en este caso la pena de cada uno de los delitos debería modularse proporcionalmente para no incurrir en *bis in idem* en relación con la peligrosidad de la conducta para el interés individual.

La sustantividad propia de la que disponen los bienes jurídico-penales supraindividuales permitiría también explicar satisfactoriamente la ordenación sistemática de los diferentes tipos de delito. La división de la Parte Especial en dos

⁶²³ De conformidad con la visión de quienes entienden que los bienes jurídicos supraindividuales deben funcionalizarse a partir de la persona, “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho ‘fin’ es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido”. Vid. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico...*, p. 103.

⁶²⁴ Como expone ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, p. 266, si se estima que “los delitos de peligro tienen un bien jurídico ‘propio’ (para los ejemplos anteriores: la seguridad vial, los derechos de los consumidores, el medio ambiente) y ‘diferenciado’ de los bienes jurídicos individuales que indirectamente se pretenden proteger (la vida y la salud de las personas), los delitos de peligro, como regla general, no pueden quedar desplazados por los delitos de lesión”.

grandes bloques – relativos respectivamente a los delitos contra bienes jurídicos individuales y contra bienes jurídicos supraindividuales – respondería así a que en los segundos se afecta, a parte del interés individual, el valor asignado a determinadas funciones sistémicas no pertenecientes a titulares específicos sino al conjunto de la sociedad. De este modo la función de los delitos de peligro abstracto no gravitaría alrededor de la prevención y gestión de riesgos generales, en tanto que las conductas en ellos descritas – al igual que las de los tipos de peligro concreto y de lesión – serían aptas para comportar una grave obstaculización de las relaciones en sociedad.

Si el valor que socialmente se atribuye a los bienes jurídico supraindividuales se debe a su estrecha vinculación con intereses individuales parece lógico que la protección de éstos entre dentro de las finalidades de protección de los delitos de peligro abstracto. Esta es la conclusión más plausible si las categorías de la Teoría del Delito se funcionalizan de acuerdo con los fines del Derecho Penal. Según se ha dicho, el pluralismo ideológico característico del sistema político-social actualmente vigente presupone el reconocimiento en un plano filosófico del carácter relativo y subjetivo de todo conjunto axiológico. Sólo de esta manera todos los axiomas políticos pueden ubicarse a priori en un mismo nivel de legitimidad. En esta concepción se concede preponderancia a un discurso u otro en el diseño de las acciones legislativas a través de la expresión de la voluntad popular canalizada de acuerdo con formalidades y procedimientos democráticamente establecidos. Este relativismo axiológico, al operar como muro de contención frente a tendencias totalitarias, se presenta como una auténtica conquista cívico-cultural tanto a nivel individual como colectivo. Incluso podría decirse que constituye un paso decisivo dentro del jamás del todo realizado proceso de progresiva humanización de los sistemas jurídico-políticos.

De ser el relativismo axiológico una de las piezas nucleares sobre las que se asienta el sistema social, su influencia debe proyectarse sobre todas las ramas del Ordenamiento jurídico que lo componen. Esto obliga a renunciar a partir de referencias ontológicas sin contenido de valor o con un contenido de valor objetivo e indisponible, y correlativamente a admitir el carácter normativo-subjetivo del proceso de comprensión valorativa del objeto de conocimiento⁶²⁵. En el campo específico de la dogmática

⁶²⁵ Esta visión permite normativizar los elementos de la Teoría del Delito de acuerdo con la función que están llamados a cumplir, según razona CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 55 y ss.

jurídico-penal, esto se plasma en la obligación de atribuir un valor relativo a los enunciados político-criminales que la dotan de contenido. Si se parte de que ninguna elaboración político-criminal dispone de validez absoluta o universal, sino que a través de la voluntad popular manifestada formalmente se opta en cada momento por una u otra, la identificación de los fines políticos asignados al Derecho penal por el Ordenamiento vigente constituye una labor previa al trabajo dogmático, en la medida que tales fines son la única referencia admisible y mínimamente estable del sistema. Por ello deben ser la fuente axiológica de la que emanen todos los enunciados jurídico-penales.

Conviene la doctrina que en nuestro sistema político la pena se estructura alrededor de la persecución de múltiples finalidades, que podrían resumirse en la prevención de delitos limitada por el límite máximo fijado por el principio de proporcionalidad. Intenta de esta manera el Derecho penal evitar la creación de estados que son considerados socialmente indeseados por suponer un daño para algún interés identificado como valioso. Para evitar la creación de esos estados, el Derecho penal sólo dispone de las normas que lo integran, entre ellas las relativas a la pena. Tales normas, para ser útiles en relación con los fines perseguidos, deben desplegar su eficacia en el momento en que todavía es posible evitar la causación del estado indeseado. Asimismo, si se reconoce que en todo proceso causal interviene el azar, las normas penales sólo pueden incidir sobre aquello que se puede evitar o hacer de forma voluntaria, esto es, sobre conductas externas y finales. Por lo tanto, las normas penales, si apelan a la voluntad de los ciudadanos para determinar su conducta, en el sentido de motivarlos en contra de la realización de la conducta prohibida o a favor de la ordenada, contienen prohibiciones y mandatos.

Al tener la función imperativa de las normas primarias un valor legitimador de la intervención penal, el juicio de desvalor sobre el hecho determinante de la imposición de una pena debe ser la infracción del mandato o prohibición⁶²⁶. El carácter infractor de

⁶²⁶ Como afirma ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. Sancinetti), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 159 y 160, ‘‘la norma de la consumación no fundamenta ningún deber, que no esté ya fundamentado también por la norma de la tentativa. Una norma que no puede obligar a ninguna otra cosa que otra norma, no es ninguna norma al lado de esta otra norma, sino que es justamente esta otra norma, o bien, una parte de ésta, si ella tiene además un ámbito de validez más estrecho. La norma de

la norma primaria de la conducta procede entonces de dos circunstancias, una objetiva (basada en la previsibilidad de que el comportamiento cause el resultado que se trata de evitar) y otra subjetiva (basada en el conocimiento y la voluntad de infringir el mandato o prohibición o en la posibilidad de haber sabido que éstos se estaban infringiendo)⁶²⁷. Se coloca así el desvalor de la conducta en el epicentro del injusto, de modo que la conducta formalmente realizadora del tipo se atribuye a su autor mediante criterios de imputación materiales de carácter objetivo-subjetivo.

Todo esto permite considerar que la adecuación *ex ante* de la conducta representa en cierto sentido un daño para el interés protegido, y por consiguiente habilita para defender tanto la punibilidad de la tentativa inidónea como la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como técnica de tipificación⁶²⁸. En ambos tipos de delito el injusto dispondría de una carga de lesividad suficiente⁶²⁹. La pérdida de control del agente sobre el bien jurídico-penal individual, que deja expuesto a una situación que la norma primaria desvalora, convierte la “incontrolabilidad del curso causal” en un criterio de imputación suficiente, aunque ésta no se concrete en un contacto efectivo entre el interés protegido y la conducta. En este sentido, una de las circunstancias que incide en el grado de probabilidad del resultado es la dominabilidad del peligro. Cuanto mayor sea la inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión, mayor puede ser la probabilidad de resultado.

determinación del delito de la consumación es idéntica a la norma de determinación del delito de la tentativa’.

⁶²⁷ Expresa la misma idea ZIELINSKI en referencia a las normas imperativas contenidas en los tipos de la tentativa y la consumación: “si se considera, sin embargo, la función de regulación de ambas normas, ambas normas resultan como parcialmente idénticas. Ambas normas prohíben el mismo acto final: una norma (la de la tentativa) lo prohíbe en general y sin más ni más, la otra norma (la de la consumación) lo prohíbe sólo para el caso de que sea capaz de resultado. La segunda norma (la de la consumación) es superflua; carece de todo efecto de regulación frente a la primera norma; no se puede motivar al autor potencial a más, o a otra cosa, de lo que ya lo hace la primera norma. La norma de la consumación es objetivamente idéntica, en su función de motivar la conducta humana, a la norma de la tentativa; ella solamente tiene un ámbito de validez de límites más estrechos: es la reiteración de la norma de la tentativa, limitada a determinadas constelaciones de situaciones. Si se observa el efecto obligante de ambas normas, se verá con especial claridad que tanto el autor de la consumación como el autor de la tentativa infringen la misma norma y cometen, por consiguiente, el mismo delito”. *Ibidem*. p. 156.

⁶²⁸ Como observa ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 261 y ss., “los delitos de peligro abstracto encuentran su justificación en la necesidad de garantizar una tutela más acabada y eficaz de los bienes jurídicos esenciales, por lo que el fin de protección de bienes jurídicos como exigencia del Derecho Penal preventivo aparece satisfecha”.

⁶²⁹ Aceptar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como técnica de incriminación no exige de preguntarse acerca de qué objetos requieren esta forma de tutela. Es decir, de examinar la calidad de determinados objetos jurídicos a los efectos de conocer si requieren este modo de protección. Vid. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 336 y ss.

Tanto los delitos de peligro abstracto como la tentativa inidónea se fundamentan entonces en el estado de incertidumbre normativamente desvalorado en el que se deja el bien jurídico⁶³⁰. En ninguno de los dos casos se exige por consiguiente que el objeto material que sirve de soporte físico al interés individual ingrese en el ámbito de riesgo del comportamiento peligroso. En el caso de los delitos de peligro abstracto, puede verse afectado cualquier objeto material que se acerque al radio de eficacia causal de la conducta (lo que algunos autores expresan gráficamente recurriendo a la imagen de un “tornado”, “huracán” o “remolino”, perturbadores de una situación de estabilidad cuya tutela sería el fin de la norma penal). En este contexto, el juez debe determinar caso por caso si el tipo está teleológicamente orientado o no a evitar el peligro que dimana del acto.

Todo lo expuesto lleva a concluir que el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto presenta más similitudes con la tentativa inidónea que con los delitos imprudentes. Tanto en los delitos de peligro abstracto como en la tentativa inidónea el tipo objetivo no abarca los efectos *ex post* de la conducta para el interés individual cuya protección entra dentro de los fines del tipo. Estos efectos consisten en la lesión o concreta puesta en peligro del interés individual, con independencia de que sean materiales o inmateriales, esto es, separados o no espacio-temporalmente del comportamiento. Al depender el efectivo desarrollo causal del hecho del azar, sin condicionar la existencia ni la gravedad de la infracción de la norma de determinación de conductas contenida en la norma primaria, tanto la tentativa inidónea como los delitos de peligro abstracto pueden amoldarse a los principios y criterios rectores del sistema dogmático.

3.5.2. Fundamentación dogmática

Se ha dicho que el requisito mínimo de la tipicidad objetiva es que la conducta sea *ex ante* objetivamente peligrosa para un bien jurídico individual⁶³¹. Según ello, como

⁶³⁰ Como señala CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 52, la objetiva situación de peligro advertible *ex ante* constituye una exigencia axiológica del Estado de Derecho que opera como límite a la incriminación de conductas.

⁶³¹ Expresa VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 428 y ss., que “en general, se puede decir que quien crea una fuente de peligro o, mejor, quien realiza un comportamiento en concreto peligroso debe controlarlo, es decir, debe tomar medidas de resguardo adecuadas. Básicamente, es destacable como elemento de atribución la idea de ‘dominio de la fuente de peligro’. El dominio de la

decía, los delitos de peligro abstracto presentarían más similitudes con la estructura objetiva de la tentativa inidónea que con la de los tipos imprudentes. Ni en los delitos de peligro abstracto ni en la tentativa inidónea, a diferencia de los tipos imprudentes, se exige la causación de un resultado *ex post* de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico individual. Basta en ellos por lo tanto con que el acto sea racionalmente apto para ocasionar un resultado de lesión o concreta puesta en peligro⁶³².

Constatar en los delitos de peligro abstracto la existencia de una infracción de un deber de cuidado puede servir para lograr una restricción de la tipicidad, si se establece a través de un juicio necesariamente individual en el que se valore la previsibilidad del posible resultado en el caso concreto. Ahora bien, esta restricción puede ser todavía mayor – o disponer de mayor capacidad crítica – si estas formas delictivas se equiparan a la tentativa inidónea, puesto que una comparación meramente formal con la imprudencia puede llevar a afirmar el cumplimiento por parte del autor de las exigencias derivadas del deber de cuidado por la mera puesta en práctica de la conducta, es decir, con arreglo a un criterio general en el que no se preste atención a las circunstancias del caso concreto. Las vinculaciones de los delitos de peligro abstracto con la imprudencia no implican que exista en todo caso una actuación imprudente cuando se pone en práctica la conducta prevista en sentido literal en el tipo, del mismo modo que ello no se presupone en los delitos imprudentes con un resultado de lesión. Así las cosas, sin negar la existencia de conexiones sustantivas entre la estructura dogmática de los delitos de peligro abstracto y los delitos imprudentes, estimo que puede ser más fructífero ahondar en las similitudes que presentan con la tentativa inidónea por la mayor seguridad que éstas ofrecen en orden a proceder a una determinación individual, en el caso concreto, acerca de la probabilidad de lesión del

conducta por la adopción de medidas de cuidado adecuadas para mantener el control de la situación impide la vulneración de la norma por la creación de un estado de indomabilidad desvalorado”. Por lo tanto, no bastaría con la creación de una situación peligrosa si el que la realiza toma las medidas convenientes para contrarrestar el peligro creado por la conducta.

⁶³² Lo expone CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 341: “muchas veces la cantidad de riesgo, la alta probabilidad de lesión será decisiva para la valoración cualitativa del riesgo –sobre la no permisión- y al revés, la mínima probabilidad de lesión puede ser decisiva en la valoración cualitativa del riesgo –principio de insignificancia-. En la mayoría de supuestos, un riesgo es permitido por la relativamente baja probabilidad de lesión que encierra. El número de ‘accidentes’, en el sentido estricto de la palabra, es decir, no debidos a infracciones del deber de cuidado, sino consecuencia de ‘riesgos generales’, imprevisibles ‘ex ante’, es mínimo. Por ello, cualquier factor que incida en ese ‘riesgo general’ transforma el riesgo permitido en prohibido, siempre que ese factor sea conocido o cognoscible. En este punto se comprueba de nuevo la eficacia del dolo en el juicio de imputación, pues en cuanto el factor de riesgo es conocido, el riesgo pasa a ser prohibido (conocimiento del mal estado de los frenos, conocimiento de la especial constitución del adversario...)”.

bien jurídico, lo que facilita una mejor corrección de los defectos observados en las teorías basadas en la generalización o presunción del peligro.

En ningún caso resultaría adecuada una concepción de los delitos de peligro abstracto como la tipificación de un deber de cuidado objetivo con carácter general en un determinado ámbito, de manera que la mera puesta en práctica de la conducta comportara automáticamente su infracción, deduciéndose de ello la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico sin realizar ninguna ulterior comprobación. Si se entiende que los delitos de peligro abstracto tipifican un genérico deber de cuidado, sería posible castigar conductas que no revistan en el caso concreto suficiente peligrosidad. Por ello estimo preferible exigir para los delitos de peligro abstracto los criterios de imputación objetiva de la tentativa inidónea, al facilitarse por esta vía la evitación de baremos generalizadores, y por lo tanto la necesaria materialización del injusto de esta categoría delictiva.

Ahora bien, ambas interpretaciones de los delitos de peligro abstracto, tanto la que recalca sus similitudes con la imprudencia como la que hace lo propio con la tentativa inidónea, se caracterizan en mayor o menor medida por intentar prescindir en la configuración de estos tipos del momento aleatorio de la puesta en peligro de un objeto concreto, de modo que se aspira a hallar el contenido de injusto exclusivamente en el desvalor de la conducta. Esta pretensión se enmarca dentro de la tendencia general, más amplia, en virtud de la cual se relativiza la importancia en el seno del injusto penal de circunstancias contingentes y casuales pertenecientes al desvalor de resultado⁶³³.

Sentado lo anterior, la peligrosidad objetivamente contrastada no equivale a una situación de riesgo como proximidad real (no aparente) de daño. Se emite en consecuencia un pronóstico sobre una incierta probabilidad de riesgo de lesión, sin que deba certificarse empíricamente que ha existido riesgo de lesión en términos de probabilidad real. Por lo tanto, la “objetividad” no es una cualidad del objeto del juicio de peligro, sino del sujeto que lo realiza. En los delitos de peligro abstracto basta entonces con que en el momento de emprender la actuación cualquier persona normal en la posición del autor considere posible que se produzca la lesión del bien jurídico. Se

⁶³³ Sintetizando los principales rasgos de este proceso operado en el seno de la teoría de la imputación objetiva, FRISCH, *Tipo penal...*, p. 108.

recurre de esta manera a los conocimientos de un ser imaginario – un hombre con unos conocimientos medios –, en términos parecidos a cómo lo hace la teoría de la imputación objetiva, pero no para atribuir la realización de un riesgo típico, sino sólo su creación, aumento o no evitación.

Por consiguiente, se realiza el tipo objetivo de un delito de peligro abstracto cuando una persona medianamente inteligente y juiciosa concebiría el resultado de lesión del bien jurídico individual como una consecuencia probable de la conducta. Naturalmente, al tratarse esto de un simple pronóstico, puede ser que en el caso concreto la conducta no llegue a causar el resultado previsto inicialmente como probable. No es necesario entonces contemplar la lesión del bien jurídico individual como un evento seguro, al depender su producción del efectivo desarrollo causal del hecho. Pero tampoco basta con que sea posible, puesto que el Derecho Penal sólo debe reaccionar contra las formas de ataque contra los intereses que protege más graves, es decir, ante las conductas *ex ante* objetivamente más adecuadas. Según ello, el espectador objetivo debe representarse el resultado de lesión del interés individual como una consecuencia previsible o racional del acto⁶³⁴.

Los datos del espectador objetivo acerca de la situación, son los mismos que los del autor, aunque los de éste sean inferiores a los de una persona normal. Por ejemplo, si un sujeto trafica con una sustancia en la errónea creencia de que se trata de alguna droga tóxica, cuando en realidad es inocua para la salud, no puede decirse que una persona con un nivel de diligencia medio se hubiera cerciorado de que la sustancia vendida reuniera la dosis mínima psicoactiva, y por lo tanto que la conducta no es *ex ante* objetivamente peligrosa para el bien jurídico. Es suficiente entonces con que el espectador imparcial crea posible alcanzar el resultado de lesión del bien jurídico individual con los conocimientos sobre la situación de los que dispone el autor, aunque una persona con un nivel de diligencia medio hubiera recabado datos adicionales sobre las circunstancias del hecho.

⁶³⁴ Como apunta ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 262 y ss., entender que la conducta peligrosa constituye un elemento del tipo objetivo es una vía razonable para “desformalizar” los delitos de peligro abstracto, en el sentido de otorgarles un contenido de lesividad material suficiente.

En cuanto a los conocimientos sobre las regularidades rectoras de los cursos causales, el espectador objetivo sí tiene los de una persona media, más los especiales del autor⁶³⁵. La objetividad requerida por los delitos de peligro abstracto se refiere entonces a la valoración de la conducta por parte de un hombre medio sobre la base de un conocimiento intersubjetivo de las leyes causales, pero con el mismo conocimiento de los hechos que el autor. Si en el momento de actuar el autor ignora algún dato sobre la situación, el espectador objetivo también debe desconocerlo, aunque una persona con un nivel de diligencia medio se hubiera preocupado de conocerlo. En cambio, si el espectador objetivo no hubiera incurrido en el mismo error sobre las reglas que rigen los procesos causales, la conducta no es *ex ante* objetivamente idónea para lesionar el bien jurídico. Resulta suficiente entonces con que la representación del autor sobre su hecho sea conforme a la realidad, en el sentido de que sea adecuada para causar la lesión del bien jurídico individual según las leyes causales generalmente admitidas. Sin embargo, la descripción que el autor se hace de la situación sí puede valorarse objetivamente. De este modo los hechos conocidos por el autor pueden interpretarse por una persona medianamente prudente de forma distinta a cómo lo hace él. Todo ello facilita el castigo de conductas en las que objetivamente no es casi seguro o muy probable que se produzca la lesión del bien jurídico, sin que ello sea tampoco absolutamente improbable⁶³⁶.

En relación con ello, para que la conducta aparezca como inequívocamente peligrosa no basta con que no pueda descartarse la posibilidad de lesión del bien jurídico, sino que ésta además debe ser en cierta medida probable. Por otro lado, el carácter peligroso de la conducta no puede presumirse ni generalizarse con independencia de las particularidades del caso concreto, puesto que ello supondría presumir o generalizar, y por lo tanto vaciar de contenido, un elemento nuclear del delito como es el injusto. En

⁶³⁵ El peligro no es un fenómeno empírico u ontológico sino valorativo. Su normativización no excluye que el mismo deba ser compatible con las leyes causales, como expone CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 36 y ss.

⁶³⁶ Como indica RUSCONI, *Cuestiones de imputación...*, pp. 72 y ss., “más allá de las definiciones normativas y los eventuales daños producidos, existe un conjunto indefinido de acciones, en el marco del funcionamiento de la sociedad que, a pesar de que generan un cierto riesgo de lesión de bienes jurídicos que son efectivamente protegidos por el Derecho Penal, no deben ser sancionadas”.

Esta tolerancia se basa en que, desde el punto de vista de un análisis de coste y beneficio social, la prohibición de dichas conductas no resulta procedente, toda vez que la erradicación de las mismas traería consigo consecuencias negativas para la comunidad. En este sentido, la existencia de riesgos no es evitable, al ser intrínseca a la vida en comunidad, por lo que sólo puede ser administrada de manera que se generen opciones favorables en el marco de las cuales cierto nivel de riesgo redunde en un determinado “provecho social”.

consecuencia, al pertenecer el peligro a la esencia del tipo, no es posible prescindir de la corroboración de su presencia caso por caso. Toda interpretación de los delitos de peligro abstracto que se desvíe de esta premisa abona el camino para la incriminación de simples actos de desobediencia. Según ello, la constatación individualizada del peligro de la conducta puede contemplarse como un límite – al menos tácito – de los delitos de peligro abstracto. Aunque la ley no se refiera expresamente a tal exigencia en las descripciones típicas de la Parte Especial por medio de las que se prevén los delitos de peligro abstracto, lo cierto es que la misma puede extraerse, como se ha dicho, del concepto legal de tentativa. Metodológicamente, las opciones para articular dicha solución serían fundamentalmente dos, una primera, consistente en aplicar por analogía las referidas disposiciones sobre la tentativa; y, una segunda, en la que se entendiera que el tipo de cada delito de peligro abstracto no se agota en los enunciados específicos que lo prevén, y que por lo tanto debe integrarse con las disposiciones relativas a la tentativa, las cuales lo completarían – de modo idéntico a como se opera en la tentativa, cuyo tipo completo de injusto resulta de la integración de las disposiciones especiales del correspondiente tipo consumado con aquellas que regulan en general esa forma delictiva–. Con independencia de lo anterior, lo cierto es que la comparación con el tipo de la tentativa – en particular con el de la inidónea – permite que el criterio del peligro opere en los delitos de peligro abstracto como auténtico límite de los mismos en virtud del cual delimitar claramente dónde acaba la prohibición penal y por tanto empieza la zona de libertad individual.

Todos los delitos de peligro – tanto los de peligro abstracto como los de peligro concreto – comparten la circunstancia de que, después de la realización de la conducta, se pone de manifiesto que la misma no ha causado el resultado de lesión del interés individual⁶³⁷. En los delitos de peligro abstracto, al igual que sucede en la tentativa inidónea, la conducta sigue siendo punible aunque la causa que finalmente determina la no producción de la lesión del bien jurídico hubiera podido ser *ex ante* conocida por alguien distinto del autor y del espectador objetivo. P.ej., si un turista conduce bajo los efectos de bebidas alcohólicas, la conducta será punible aunque desconozca el dato de que ese día la carretera estaba cortada y, por lo tanto, que en la misma sólo circulaba él.

⁶³⁷ El concepto de peligro por el que se opta resulta válido tanto para los tipos de peligro como para los de lesión, así como para los tipos consumados y los intentados. Con mayor detalle, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 31 y ss.

En cambio, en los delitos de peligro concreto la causa que acaba impidiendo la producción de la lesión no puede ser *ex ante* conocida por nadie. En el mismo supuesto, si el sujeto está a punto de atropellar un peatón, pero no llega a alcanzarlo porque éste tropieza antes, nadie hubiera conocido *ex ante* la causa en virtud de la cual el resultado de lesión no se ha producido. Es decir, nadie hubiera sabido que el peatón se salvaría de ser arrojado por el vehículo al tropezar inmediatamente antes.

Pero este criterio de distinción entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto no presenta la misma nitidez que entre la tentativa idónea y la inidónea. Puede ser que la causa que determina la ausencia de la lesión en un delito de peligro abstracto fuera *ex ante* cognoscible para alguien distinto del autor y el espectador objetivo. Pero también puede no serlo para nadie, al igual que ocurre con los delitos de peligro concreto. Podría suceder, p. ej., que el conductor que circula ebrio no originara ningún accidente porque de un modo totalmente imprevisto sobreviene una fuerte tormenta, la cual obliga a los demás vehículos a abandonar la carretera por la que circulaban. La cognoscibilidad *ex ante* de la causa de ausencia de lesión no sería entonces un criterio válido para distinguir los delitos de peligro concreto de los delitos de peligro abstracto, a diferencia de lo que ocurre entre la tentativa idónea y la inidónea. En consecuencia, que la causa de la ausencia de lesión efectiva pueda ser *ex ante* pronosticada por alguien, según las regularidades observadas en el desarrollo de los cursos causales, no influye en la naturaleza abstracta o concreta del peligro⁶³⁸.

Lo cierto es que tanto en los delitos de peligro abstracto como de peligro concreto hay un momento de “azar” en el desarrollo causal del hecho, puesto que de otro modo no tendría sentido hablar de peligro. Si *ex ante* pudiera saberse con absoluta certeza qué conductas van a producir la lesión del interés individual, la única modalidad de ataque contra los bienes jurídicos punible debería ser aquella que causa su lesión, toda vez que no podría afirmarse que el resto son “peligrosas” para él. Si podemos seguir hablando de hechos que entrañan un peligro de lesión es porque actualmente nadie puede ver en ellos la incapacidad de lesión que *ex post* demuestran⁶³⁹.

⁶³⁸ Son peligrosas aquellas situaciones subsumibles en una “ley de frecuencia en abstracto” cuyo desarrollo escape del control del sujeto, en palabras de VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 342 y ss.

⁶³⁹ Confundir las perspectivas *ex ante* y *ex post* equivale a confundir el “peligro como juicio” con el “peligro como situación”, según observa CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 31 y ss.

Al hilo de lo anterior, los delitos de peligro abstracto no pueden concebirse como una tentativa relativamente idónea. No puede decirse que el peligro “abstracto” es aquel que no causa la lesión en el caso concreto pero que podría causarla en otras circunstancias. En otras circunstancias cualquier conducta hubiera podido causar la lesión, incluso las *ex ante* objetivamente no peligrosas (el conductor que circulaba sereno podría haber circulado beodo y provocar un accidente). Por lo tanto, el rechazo efectuado en su momento del concepto de tentativa relativamente inidónea, obliga ahora a descartar la opción de contemplar el peligro “abstracto” como una abstracción de alguna característica del hecho manteniendo las demás⁶⁴⁰. En el supuesto concreto toda conducta es incapaz de lesión, porque en caso contrario ésta se habría producido. Es decir, si se elimina la causa que determina la inexistencia de lesión, toda conducta es peligrosa. Imaginemos que un empresario vierte agua potable al río: si se suprime la causa que en el caso concreto provoca la ausencia de lesión – en vez de agua potable aboca algún líquido altamente tóxico – la conducta es *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar el medio ambiente. No puede decirse sin embargo que tirar agua al río sea una conducta capaz de lesionar el medio ambiente. Se desprende de ello que en el caso concreto – es decir, causalmente – ninguna conducta es peligrosa, mientras que en abstracto – en otras circunstancias – toda puede serlo, incluso la *ex ante* no objetivamente adecuada para lesionar el bien jurídico. Por lo tanto, la peligrosidad del acto no se refiere a que el mismo “en otras circunstancias” hubiera podido producir el resultado. Es por ello preferible considerar que se refiere a las circunstancias que *ex ante* aparecían en el caso concreto, aunque *ex post* se demuestre que realmente no concurrían⁶⁴¹.

La punición tanto de los delitos de peligro abstracto como de los de peligro concreto se fundamenta en la existencia de peligro para un bien jurídico individual, y también en la lesión de un bien jurídico intermedio de carácter supraindividual si éste queda

⁶⁴⁰ Vid. SEMINARA, *Il delitto tentato...*, pp. 341 y ss.

⁶⁴¹ Con la superación de paradigmas causalistas, los efectos de la conducta no son sólo físicos, ni se identifican necesariamente con la lesión del bien jurídico-penal, el cual puede integrar de esta manera la pretensión de respeto exigida por la norma primaria. Vid. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, pp. 339 y ss.

abarcado por las finalidades de protección del tipo de que se trate⁶⁴². Como se ha dicho, en todo delito de peligro se demuestra *ex post* la inadecuación del acto para alcanzar la lesión del interés individual. Sólo cuando ésta se produce puede afirmarse que en el hecho concurrían todas las condiciones necesarias para que fuera posible. Sólo en este caso puede hablarse de riesgo concreto, real o empírico de lesión, en tanto que el peligro observado como hipotética posibilidad de lesión se corrobora como dato objetivo de carácter físico-naturalístico. En los restantes casos la lesión no era posible, y por lo tanto el peligro se revela inexistente y el juicio de pronóstico equivocado. Por lo tanto, la noción de peligro quedaría vacía de contenido si se utilizara en el sentido de riesgo real y empírico. Si la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas ha originado un accidente con un resultado de varios muertos, la vida de las víctimas no se ha puesto en peligro, sino que se ha lesionado. Se desprende de todo ello que sólo cabe confrontar el peligro de lesión con la lesión cuándo esta última no se produce. Esto significa que en los delitos de peligro el bien jurídico individual nunca pudo resultar realmente lesionado en el caso concreto.

La norma primaria, al aspirar a evitar la lesión de bienes jurídicos mediante una estrategia preventiva, debe desplegar su eficacia *ex ante*. Por este motivo la conducta de los delitos de peligro la infringe. En los delitos de peligro abstracto la prohibición resulta particularmente útil para disuadir al autor de emprender conductas caracterizadas por su especial capacidad de lesión de algún interés individual. Sin ellos, el autor tendría menos motivos para abstenerse de realizar la conducta peligrosa, ya que sólo sería castigado en el supuesto – que para él podría ser muy poco probable – de que por mala fortuna causara la lesión del interés individual, o de que alguno de los objetos en los que éste se materializa entrara en el radio de posible eficacia causal de la conducta. Es por ello correcto dirigir el reproche penal contra aquello que el autor puede controlar enteramente: su conducta en el momento de actuar, con independencia de que cómo después se desarrolle causalmente.

Desde una perspectiva *ex ante*, la capacidad de resultado de un delito de peligro puede ser igual o incluso superior a la de un delito de lesión. Puede ser que conductas *ex ante*

⁶⁴² En relación con los delitos de peligro, al igual que en los de lesión, la teoría de la adecuación brinda un trascendente criterio restrictivo de la tipicidad cuando la conducta no genera de antemano un peligro de causación del resultado. Al respecto, STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, pp. 132 y ss.

poco peligrosas lesionen el bien jurídico individual, mientras que otras mucho más adecuadas no. En los delitos de peligro concreto, la exigencia de un resultado *ex post* no puede consistir en la presencia de un peligro verdadero o empírico. Según se ha dicho, éste sólo existe cuando se produce la lesión. En consecuencia, en todos los delitos de peligro sólo existe una apariencia de posibilidad de lesión, que luego resulta no ser real. En ellos no se produce entonces ninguna modificación del mundo sensible distinta de la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa. La cercanía empírica de la conducta peligrosa respecto del bien jurídico-penal que se predica de los delitos de peligro concreto consiste así en la entrada del objeto material que actúa como soporte físico del interés individual en el radio de potencial eficacia causal de la conducta. Así pues, la proximidad del peligro para el bien jurídico debe valorarse según las posibilidades de lesión objetivamente aparentes en el momento de actuar. La única diferencia entonces entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto es que en éstos últimos uno de los objetos materiales en los que puede concretarse el bien jurídico individual ingresa en la órbita de posible eficacia causal del acto. Pero este dato no indica una mayor peligrosidad *ex ante* de la actuación, por lo que puede suceder que en el momento de actuar revele mayor capacidad de lesión del interés individual la conducta de un delito de peligro abstracto que la de un delito de peligro concreto. P. ej., es *ex ante* objetivamente más peligrosa la conducta de circular ebrio en dirección contraria por la autopista, aunque casualmente en ese momento no circule ningún otro vehículo; que la de hacerlo en las mismas condiciones psicofísicas pero circulando reglamentariamente, no respetar un ceda el paso y estar a punto de provocar un accidente.

Estimo relevante recalcar que las conductas de los delitos de peligro abstracto pertenecen a un género de conductas que frecuentemente producen la lesión. Esta pertenencia no fundamenta por sí misma su contenido de injusto, pero sí indica que en los delitos de peligro abstracto en muchas ocasiones la no producción del resultado de lesión es la hipótesis menos probable. Esto significa que en los delitos de peligro abstracto nada haría pensar al espectador objetivo que algo puede impedir que se produzca la lesión, aunque alguien hubiera podido saber desde un inicio que ésta no se produciría (p.ej., por estar cortada la carretera por la que circula el conductor ebrio).

Es posible concluir entonces que el tipo objetivo de la tentativa inidónea presenta grandes similitudes con el de los delitos de peligro abstracto. La única diferencia entre ambas modalidades delictivas es que en la tentativa inidónea la causa que evita la lesión del bien jurídico siempre es *ex ante* conocida o cognoscible para alguien distinto del autor y el espectador objetivo situado en su lugar, mientras que en los delitos de peligro abstracto puede ser que nadie la conozca ni pueda conocerla. Por el contrario, los respectivos tipos objetivos de la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto son idénticos. Lo específico de estos tipos es que uno de los objetos materiales que pueden actuar como soporte físico del bien jurídico entra en el radio de posible eficacia causal de la conducta. Esta diferencia no permite afirmar que en los delitos de peligro concreto – ni en la tentativa idónea– el peligro aparente sea más intenso que en los delitos de peligro abstracto – o la tentativa inidónea –. No puede decirse entonces que en los delitos de peligro abstracto el merecimiento de pena sea menor que en los delitos de peligro concreto.

El peligro *ex ante* de la conducta sin poder de resultado de lesión es el elemento compartido por todos los delitos de peligro⁶⁴³. En el caso concreto las conductas de todos los delitos de peligro son *ex ante* peligrosas, aunque *ex post* ninguna tenga poder de resultado. Resulta por ello inexacto contraponer el peligro de los delitos de peligro abstracto, en tanto que abstracto o estadístico, con el de los delitos de peligro concreto, como peligro real o físico. Por consiguiente, en los delitos de peligro abstracto pueden advertirse suficientes posibilidades de lesión como para que esté justificada la imposición de una pena. Lo relevante entonces en los delitos de peligro es que, de haberse cumplido el pronóstico, se habría producido la lesión de un bien jurídico individual.

La producción del resultado de lesión del interés individual es menos probable cuanto menos adecuada o peligrosa se muestre la conducta. Pero esto no significa que en los delitos de peligro concreto las posibilidades de lesión de dicho bien sean mayores que en los delitos de peligro abstracto. Que el objeto material del delito entre en el radio de eficacia de la conducta es una circunstancia en muchas ocasiones dependiente del azar. Por lo tanto, la gravedad de la infracción del imperativo de conducta depende tan sólo

⁶⁴³ En relación con ello, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 162 y ss.

de la objetiva previsibilidad de resultado advertida antes del inicio de la ejecución. Desde un punto de vista *ex post*, en los delitos de peligro el efectivo desarrollo causal del hecho siempre pone de manifiesto la ineptitud de la conducta para causar la lesión.

En cuanto a los delitos de peligro abstracto, puede decirse que los mismos integran una técnica de tipificación compatible con el principio de ofensividad, toda vez que las conductas en ellos previstas no resultan ajenas a las finalidades de protección del tipo, al haber realizado el autor una conducta generalmente idónea para lesionar el bien jurídico, aunque no lo haya sido en el caso concreto⁶⁴⁴. El objetivo peligro *ex ante* para el bien jurídico se erige una vez más en el criterio rector en virtud del cual se delimita la frontera mínima a partir de la que el Derecho Penal puede intervenir. Este peligro debe constatar en el caso concreto, es decir a partir del conjunto de circunstancias *ex ante* cognoscibles para el autor y el espectador objetivo, lo que obliga a valorar datos tales como si el autor ha adoptado alguna medida de prevención que compense o neutralice el riesgo para el bien jurídico individual que su actuación generaba o incrementaba.

Naturalmente, con ello todavía queda por responder a la pregunta de qué nivel de prevención debe exigirse para entender que no concurre un peligro penalmente relevante para el bien jurídico. Entre las posibles posturas que cabe adoptar al respecto, podría entenderse que el sujeto debe excluir totalmente el peligro para el bien jurídico, es decir, proceder a una completa neutralización del mismo. Entiendo sin embargo que este nivel de exigencia sería excesivo (por no decir materialmente irrealizable), puesto que son difícilmente imaginables supuestos en los que *ex ante* no exista objetivamente ninguna posibilidad de producción del resultado lesivo, esto es, en los que quepa descartar completamente la causación del mismo al considerarse un evento imposible. De hecho, ni siquiera en el ámbito de las actividades generalmente permitidas o formalmente atípicas se requiere que las posibilidades de producción de la consecuencia indeseada sean nulas o inexistentes. En este sentido, al basarse el juicio de peligro en un pronóstico, de la misma manera que no puede afirmarse que la producción de un resultado es segura, sino que a lo sumo puede ser muy probable, tampoco puede decirse que su producción es imposible (es decir, que su no producción es segura). En coherencia con ello, lo determinante es la probabilidad de producción a partir de la que el peligro es penalmente relevante, y entra por lo tanto dentro del círculo de peligros que por su gravedad el tipo pretende evitar. Consecuentemente estimo que toda conducta cuya peligrosidad para el bien jurídico se sitúe por debajo del nivel de probabilidad penalmente relevante, debe reputarse

⁶⁴⁴ Con los delitos de peligro abstracto se evita el componente de azar inherente a los delitos de lesión y de peligro concreto, al permitir la punición de conductas peligrosas cuando éstas no van seguidas de un resultado *ex post*. Sobre este extremo resulta de interés el análisis de MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, p. 31.

atípica, ya sea porque la misma no encaja en el tenor literal del tipo o porque la probabilidad de producción del resultado lesivo no es suficientemente alta, si bien en ambos casos puede tratarse de conductas peligrosas, en el sentido de que las posibilidades de resultado pueden ser superiores a cero. Por lo tanto, desde esta perspectiva sería razonable que bastara con que el autor adopte medidas que, sin eliminar totalmente la posibilidad de que se produzca el resultado, éste no sea una consecuencia racionalmente esperable de la conducta. Es decir, medidas que objetivamente en el caso concreto permitan confiar en la posibilidad de que el resultado no se produzca, en el sentido de que su no causación sea racionalmente probable o muy probable. Se trata, en definitiva, de equiparar el nivel intensidad de los peligros que se estiman insignificantes o insuficientemente graves con arreglo a una interpretación material del tipo, con el de aquellos que ni siquiera entran dentro del ámbito de peligros previstos en abstracto por el legislador, es decir, con aquellos peligros que ni siquiera son formalmente típicos.

En relación con el delito de incendios del art. 351 CP, imagine que alguien, antes de incendiar su hotel, desaloja a todos los moradores y huéspedes, y que antes del hecho aún da otra vuelta por el edificio. Según la visión defendida, en este caso las medidas de seguridad podrían ser suficientes, en atención a que los esfuerzos del sujeto para evitar la concreta puesta en peligro de una persona permiten confiar en que no se producirá ningún menoscabo en la vida o la salud de nadie, es decir, la no producción de una lesión de un interés individual es una consecuencia racional y generalmente esperable – en el sentido de probable – de la conducta. Cabría sostener entonces que ésta, pese a realizar formalmente el tipo, y a implicar materialmente algún peligro para intereses individuales, no es suficientemente peligrosa al haber adoptado el sujeto medidas de precaución que compensan – sin eliminarlas completamente – las posibilidades de producción del resultado lesivo que derivan de su actuación, hasta situarlas por debajo del grado de peligro penalmente relevante en relación con el tipo de delito en cuestión⁶⁴⁵.

Según esta configuración del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto, el dolo típico debe abarcar el conocimiento y la voluntad de lesionar el ámbito de interacción social afectado por la conducta, más la conciencia de la peligrosidad *ex ante* de la misma en el caso concreto para el interés individual (este dolo de peligro, distinto del dolo de lesión, guardaría una relación de identidad con la imprudencia consciente, al existir representación del peligro y confianza fundada en la no producción del resultado lesivo)⁶⁴⁶. En la práctica lo anterior supone restringir el ámbito de eficacia del error de tipo, al ser realmente pocos los casos en los que el sujeto puede ignorar la capacidad de

⁶⁴⁵ Sobre este particular, ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 410.

⁶⁴⁶ De acuerdo con ello, según ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, p. 76, en los delitos de peligro abstracto tanto el elemento intelectual como el volitivo del dolo han de recaer sobre la conducta peligrosa.

su conducta para lesionar el interés individual subyacente al tipo. Puede suceder que un empresario desconozca el carácter contaminante de una sustancia que ha vertido en un río. Frente a ello, cabrían dos soluciones. En una primera, entender que el autor ha actuado con dolo eventual en relación con el carácter contaminante de la sustancia vertida. En la segunda, podría considerarse que el dolo del autor no comprendía esta circunstancia del hecho. En esta hipótesis, en caso de haber incurrido en el mismo error un espectador imparcial con los conocimientos de la situación del autor y con los conocimientos nomológicos de la media estadística de los ciudadanos más los especiales de éste, el error de tipo sería invencible. Por el contrario, de no haber incurrido el espectador imparcial en la misma equivocación, el error de tipo sería vencible, en cuyo caso podrá castigarse el hecho de acuerdo con la correspondiente modalidad imprudente de delito contra el medio ambiente (art. 331 CP), en el supuesto de que la infracción de la norma de cuidado sea grave y además la conducta cause un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido. O incluso cabría considerar que el error de tipo en cuestión no determina la impunidad del hecho en relación con el delito de peligro abstracto, toda vez que subjetivamente éste puede fundamentarse en la voluntad de realizar una conducta con consciencia de su peligrosidad para el bien jurídico individual, como en la imprudente no detección de la objetiva peligrosidad de la conducta para estos efectos. Esta última me parece la solución más coherente con el fundamento de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto.

La circunstancia de que los delitos de peligro abstracto estén destinados a la tutela de bienes jurídicos supraindividuales obliga a hacer algunas precisiones adicionales. Según las tesis defendidas, la estructura del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto se compone, inmediatamente, de la lesión del bien jurídico supraindividual, esto es, del modelo de interacción social que se quiere preservar en el sector de actividad de que se trate; y, mediatamente, de la abstracta puesta en peligro del interés individual a cuya tutela éste está instrumentalmente dirigido. Por lo tanto, la conducta debe ser *ex ante* objetivamente capaz de poner en peligro tanto el interés individual como el supraindividual, y además debe producir la lesión de éste último. La consumación delictiva se produce entonces con la realización de la conducta objetivamente capaz de lesionar el interés individual. Al tratarse de tipos de mera actividad, en los que además el peligro para el interés individual es abstracto, se hace difícil imaginar supuestos en

los que la ejecución no consume el delito. Puede ser que la conducta que lesiona el ámbito de organización se muestre en el momento en el que se realiza como insuficientemente peligrosa para el interés individual. Pero en este caso no puede hablarse de inicio de la ejecución ni de antijuridicidad material de acuerdo con el modelo de injusto penal que se ha adoptado, al no poder el Derecho Penal reaccionar ante conductas *ex ante* no objetivamente peligrosas para algún interés individual⁶⁴⁷.

Supongamos que alguien conduce superando en 60 km/h la velocidad máxima permitida en una vía urbana situada en el interior de una urbanización, si bien se ha asegurado que ese día ninguno de los habitantes de la misma se encuentra presente en ella, y además ha conseguido que le cierren todas las entradas que permiten acceder a ella. Podría estimarse en este caso que la conducta no es *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar la vida o la salud individual, al haberse preocupado el autor de excluir cualquier peligro para dichos intereses individuales. Sin embargo, el comportamiento lesiona el ámbito de organización protegido por los delitos contra la seguridad vial, en la medida que vulnera el modelo de ordenación y funcionamiento de la circulación de vehículos a motor y ciclomotores querido por el legislador. La conclusión sería entonces que la conducta, si bien realiza formalmente el tipo de delito previsto en el art. 379.1 CP, no es materialmente antijurídica por la concurrencia de una causa de exclusión del tipo, es decir, por ser insuficientemente peligrosa para el bien jurídico protegido – de carácter individual –. Por lo tanto, como decía, cuando sólo se lesione el ámbito de organización, no existe tentativa sino que la conducta es penalmente atípica, lo que se apoya en la convicción de que no pueden ser objeto de reproche penal actos no suficientemente peligrosos para el interés individual protegido por el correspondiente tipo de delito⁶⁴⁸. Si a esto se le suma que el carácter idóneo de la conducta para lesionar el interés individual comporta siempre un menoscabo efectivo del bien jurídico supraindividual, queda totalmente descartada la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Como describe ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal...*, pp. 257 y ss., lo específico de los delitos de peligro abstracto es que en ellos la peligrosidad de la conducta se eleva a la categoría de tipo consumado.

⁶⁴⁸ Aunque no siempre por motivos coincidentes con los expuestos, la jurisprudencia mayoritaria mantiene un criterio general opuesto a la admisión de tentativa en los delitos de peligro abstracto: SSTS 24/2007, de 25 de enero y 33/2013, de 24 de enero.

⁶⁴⁹ En la misma línea, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal...*, pp. 168 y ss., estima que los delitos de peligro abstracto se consuman sin necesidad de lesión del bien jurídico, esto es, con la simple probabilidad de lesión.

En cambio, si se entiende que los delitos de peligro abstracto son en realidad delitos de lesión de un bien jurídico supraindividual, al carecer éste de un referente individual, sí pueden darse supuestos de tentativa en algunas clases de tipos. Puede ocurrir desde esta perspectiva que la conducta *ex ante* adecuada para lesionar el interés supraindividual, *ex post* no lo lesione. Esta situación podría darse, en relación con el delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP, cuando un sujeto solicita indebidamente una serie de devoluciones de IVA sin que éstas se le lleguen a entregar por percatarse antes la Administración Tributaria del fraude. En este caso la conducta podría ser *ex ante* objetivamente adecuada para inducir a error al Fisco sobre las cantidades a retornar, pero no le llegaría a ocasionar un perjuicio efectivo. Por lo tanto, al no lesionarse el bien jurídico, la conducta podría dar lugar a un tipo intentado al no ir la ejecución seguida de consumación. El comportamiento se contemplaría entonces como un intento fallido de lesionar el sistema de relaciones sociales que disciplinan los tributos, en concreto como un intento de ocasionar a la Hacienda Pública un perjuicio económico con un valor superior a 120.000 euros. Ahora bien, este ejemplo no creo que sea paradigmático de la situación descrita, habida cuenta de que dicho delito contra la Hacienda Pública, si bien se configura como un delito contra un bien jurídico supraindividual, es también un delito de resultado en la medida que la conducta debe generar un efecto separable espacio-temporalmente de la misma (como mínimo, un perjuicio económico para el Erario Público). Estimo por lo tanto que en una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto, o si se prefiere en una interpretación de los mismos que obvie el aspecto individual del objeto de protección, sería extremadamente difícil apreciar tentativa en los casos, sin duda la mayoría, en los que el tipo se articule además como un delito de mera actividad, ya que en estos supuestos la realización de una conducta abstractamente peligrosa para el interés supraindividual comporta automáticamente su lesión.

Las conclusiones a las que en este caso se llega son muy distintas si se analiza desde una concepción de los bienes jurídico-penales supraindividuales como objetos con un referente individual. Bajo esta óptica, el bien jurídico supraindividual protegería – indirecta o tácitamente – el interés de cada individuo en que la actividad impositiva se desarrolle con arreglo a los principios materiales de la justicia tributaria. Cabría por lo tanto una doble solución frente al supuesto planteado: si se estima que la conducta es *ex*

ante objetivamente capaz de lesionar ese interés individual, su ejecución supondría la consumación del delito; mientras que, de estimarse que no dispone de dicha capacidad, debería considerarse impune. Por lo tanto, en ninguna de ambas hipótesis cabría apreciar tentativa.

Recapitulando, creo más sensato, por lo motivos antes expuestos, considerar bienes jurídico-penales aquellas situaciones o estados esenciales para el desarrollo social del hombre⁶⁵⁰. Estos estados que se conceptualizan como entes ideales o espirituales, y que conforman el objeto jurídico del delito, pueden ser de titularidad individual o colectiva. En cambio, el objeto material del delito u objeto de la conducta es el objeto material-sensible que se presenta físicamente en la realidad sobre la cual recae la conducta típica de los delitos de peligro concreto y lesión. La afectación negativa del objeto material del delito conforma el desvalor de resultado que se predica de los tipos de peligro concreto y de lesión. La concepción expuesta se asienta de esta manera en el deslinde conceptual del objeto jurídico del delito de su sustrato material.

En los delitos de peligro concreto la exigencia de peligro para un objeto de la conducta concreto está contenida en la literalidad del tipo penal, como una circunstancia expresamente requerida por su estructura. Pero esta no es una nota relevante si se estima que en los delitos de peligro abstracto – como en general en todo ilícito penal – es indispensable una comprobación de la situación peligrosa por parte del órgano jurisdiccional. No puede pregonarse entonces que en los delitos de peligro abstracto es el legislador quien, sobre la base de juicios de experiencia, selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que sea necesario que en el caso específico la conducta sea adecuada para producir la lesión del bien jurídico.

Por ejemplo, el delito previsto en el art. 380.1 CP exige, no sólo la conducción “de un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta”, sino además que se ponga “en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”. Por lo tanto, el legislador no sólo exige que la conducción se realice con “temeridad manifiesta”, sino que además produzca un riesgo para los bienes jurídicos individuales mencionados. Pero

⁶⁵⁰ En idéntico sentido, MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, p. 63.

este peligro concreto, consistente en el ingreso de uno de los posibles sustratos materiales del delito en el radio de eficacia de la conducta, forma parte del desvalor de resultado, de lo que se infieren dos consecuencias especialmente trascendentes: la primera, que la infracción de la norma de conducta no tiene que ser superior en un delito de peligro concreto que en otro de peligro abstracto puesto que en éste la conducta puede ser en el momento de actuar más apta para producir la lesión; y la segunda, que la circunstancia de que en los delitos de peligro concreto el tipo contenga una referencia explícita a un “resultado de peligro” para el bien jurídico no exime de valorar en los delitos de peligro abstracto – al igual que en el resto de delitos – el potencial riesgo de lesión del bien jurídico que encierra la conducta.

Por lo tanto, en todos los delitos es necesario verificar individualmente la adecuación *ex ante* de la conducta para ocasionar la lesión del bien jurídico, lo que permite conformar un juicio de desaprobación sobre el comportamiento a partir del que afirmar y modular el merecimiento de pena del hecho. Los delitos de peligro concreto precisan además que la situación individual produzca *ex post* la efectiva puesta en peligro del objeto material – no sólo del objeto jurídico, que también se coloca en una situación de riesgo en los delitos de peligro abstracto –. Es en este sentido que puede decirse que los delitos de peligro concreto responden a la estructura de los delitos de resultado, siempre que evidentemente este último no se configure como una modificación de un objeto físico, sino como una alteración de un estado ideal de cosas, es decir, como degradación de una situación de seguridad previamente existente. Sin embargo, este resultado *ex post* es ajeno a la órbita del injusto y, por tanto, su presencia sólo puede repercutir en una mayor necesidad de pena⁶⁵¹. La única diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto es entonces que en los segundos el órgano jurisdiccional debe comprobar la creación de un riesgo no sólo para el objeto jurídico del delito, sino también para su objeto material (naturalmente, en el caso de los delitos de lesión, este objeto material es lesionado).

⁶⁵¹ Como afirma MÁRQUEZ CISNEROS, “de ahí que los delitos de peligro concreto suelen denominarse delitos de resultado de peligro, pues no es suficiente para la tipicidad la simple creación de un riesgo penalmente relevante – no basta el desvalor de acción – sino que siempre resulta imprescindible constatar *ex post*, en el caso específico, la existencia de un desvalor de resultado consistente en la probabilidad de lesionar el bien jurídico”. *Ibidem*. p. 66.

Resta por efectuar, por último, una referencia a los supuestos de error del sujeto sobre la relevancia lesiva de su comportamiento. En caso de que el sujeto se haya cerciorado de la falta de peligrosidad de su conducta, pero incurra en error al respecto, no podrá negarse la objetiva creación de un riesgo, pero sí que el mismo sea abarcado por el dolo típico, en cuyo caso no hay posibilidad de imputación subjetiva. De esta manera la presencia de un error en torno a la peligrosidad de la conducta supone la exclusión de la antijuridicidad. En caso de que el autor crea erróneamente peligroso su comportamiento, pero objetivamente no lo sea, debe llegarse a la misma solución de impunidad, en este caso por imposibilidad de imputación objetiva. Ahora bien, estas consideraciones merecen algunos matices que se efectuarán más adelante, toda vez que la clase de error de tipo en el que incurra el autor – ontológico o nomológico – puede incidir en la relevancia penal del mismo.

Según cuanto se ha expuesto, es posible concluir, en línea con las tesis de ROMEO CASABONA, que los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto han quedado equiparados en cuanto al desvalor de la conducta desde la entrada en vigor del CP de 1995, toda vez que en ambos tipos la verificación de la peligrosidad de la conducta se rige por los mismos parámetros: en los delitos de peligro concreto directamente a partir de su configuración típica en la parte especial; en los delitos de peligro abstracto a partir de la regla general extraída de la parte general, en orden a la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea. Esta conclusión ha de valorarse positivamente, puesto que a través de ella se limita la intervención penal en torno a estos delitos, se reafirma la dimensión material de su contenido de injusto, y se refuerza en cierta medida la seguridad jurídica al facilitar la sustantivación del tipo el conocimiento de la prohibición⁶⁵².

VII. Los delitos de peligro abstracto y la teoría de la imputación objetiva

Se ha visto, por un lado, como la comparación de los delitos de peligro abstracto con la imprudencia o la tentativa inidónea proporciona sugerentes criterios para interpretarlos materialmente. Y, por otro, como en algunas construcciones la exigencia de peligrosidad *ex ante* de la conducta típica se ubica en el juicio de desvalor sobre ésta,

⁶⁵² Vid. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, pp. 75 y ss.

mientras que en otras se encuadra en el desvalor de resultado. Se ha resaltado en cualquier caso que este último es un debate esencialmente nominal ya que, con independencia de su inclusión en el desvalor de la conducta o en el desvalor de resultado, lo decisivo es que la peligrosidad objetiva de la conducta sea un presupuesto de la tipicidad de esta categoría delictiva. Se ha visto también como todas las concepciones que prescinden de la comprobación en el caso concreto de la adecuación de la conducta en el momento en el que se emprende para causar la lesión del bien jurídico, conducen, en un ejercicio más o menos retórico, a una visión formal de los delitos de peligro abstracto, bien sea porque prescinden de la idea de peligro, porque lo presumen con carácter general y abstracto o porque intentan advertir en ellos un específico contenido de lesión.

En la posición que aquí se sustenta, se estima que la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea dispone de un mayor y más claro potencial reductor de la tipicidad, entre otros motivos porque el concepto legal de tentativa – y por lo tanto de tentativa inidónea – está previsto legalmente de forma expresa; porque en ésta se procede siempre a una comprobación individual acerca de la peligrosidad de la conducta, lo que puede no suceder con la imprudencia, bien sea porque la infracción de la norma de cuidado se presume o se generaliza en abstracto; y porque las conductas subsumibles en el tenor literal de un delito de peligro abstracto en las que la objetiva ausencia de peligrosidad para el bien jurídico sea *ex ante* perceptible, pueden reconducirse a la estructura de la tentativa irreal, y por lo tanto estar en mejor posición para merecer una solución de impunidad. Según esto, la parte objetivo-externa del injusto de los delitos de peligro abstracto debe quedar constituida por un desvalor de peligrosidad objetiva, lo que puede contemplarse como un injusto de peligrosidad. Éste forma parte del desvalor de la conducta porque los delitos de peligro abstracto – al igual que la tentativa inidónea – no presuponen la efectiva puesta en peligro del objeto material del delito ni la lesión del bien jurídico, de modo que las consecuencias *ex post* del acto quedan extramuros de la tipicidad. Ahora bien, pese a la ausencia en estos delitos de un resultado *ex post*, la peligrosidad de la conducta puede contemplarse como un desvalor potencial de resultado si con ello se quiere destacar la insuficiencia de la mera puesta en práctica de la actuación para realizar el tipo.

Sentado lo anterior, queda claro que la lesividad o peligrosidad general que caracteriza la clase de conducta prevista en el tipo, delimitada en abstracto por el legislador a través de una regla de experiencia, ha de constatarse en el caso concreto a través de un juicio *ex ante*. Esta opción es la más acorde con la punibilidad de la tentativa inidónea y, en definitiva, con un concepto material de delito en el que las funciones de protección del tipo se conjuguen y armonicen con los principios y límites de un Derecho Penal garantista. Así las cosas, los delitos de peligro abstracto no pueden ser una excepción a la configuración del injusto penal establecida con carácter general, por lo que no deben quedar dispensados de las comprobaciones que ordinariamente se realizan con carácter accesorio y complementario a la simple puesta en práctica de la conducta literalmente típica. Por lo tanto, si el presupuesto mínimo de todo delito es la objetiva capacidad de la conducta individual para lesionar un bien jurídico, como se deduce de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea, los delitos de peligro abstracto no pueden quedar sustraídos a tal exigencia. Esto permite identificar dos clases de riesgos penalmente irrelevantes: por un lado, aquellos que no son lo suficientemente graves como para integrar una prohibición penal, ni siquiera en sentido formal; por otro, aquellos que, pese a entrar en la zona de prohibición establecida con carácter general, no superan un segundo filtro de la tipicidad – éste de carácter material– al carecer de suficiente entidad en el caso concreto.

Las razones para aplicar ulteriores filtros a la mera realización de la conducta literalmente descrita en el tipo tienen en la teoría de la imputación objetiva su marco general. Por lo tanto, sin negar la necesidad de reclamar en ciertos ámbitos de organización la tipificación de delitos de peligro abstracto, se propone trazar líneas de delimitación de los mismos, de modo que la admisibilidad del recurso a ellos quede sujeta a un control de compatibilidad axiológica con el conjunto del sistema. Para ello no se me antoja imprescindible recoger expresamente en cada tipo de delito de peligro abstracto la carga de ofensividad mínima común a todo ilícito penal, ni siquiera recogerla a través de una cláusula específica en la Parte General, al tratarse de un requisito que de *lege lata* puede predicarse de todo hecho punible por vía de interpretación teleológica o por aplicación del concepto legal de tentativa, en concreto de tentativa inidónea. De esta manera no es necesario introducir ninguna modificación legal para que sea exigible probar en el caso individual la idoneidad típica del comportamiento para producir el efecto que se quiere evitar. Naturalmente, esto no debe

confundirse ni con su producción, ni con requerir la presencia de un objeto material del delito en el radio de eficacia de la conducta en los términos de los delitos de peligro concreto y la tentativa idónea.

Desde finales del S. XVIII que la Teoría del Delito en el Derecho Penal intenta presentarse como teoría de la imputación, puesto que ya en sus inicios no sólo indaga sobre los elementos que permiten considerar un comportamiento como delito, sino también sobre las circunstancias que permiten imputarlo como tal. Este planteamiento ha encontrado en los últimos años un amplio desarrollo que ha afectado incluso al método de elaboración de la Teoría del Delito como sistema⁶⁵³. En este sentido, en el contexto de un paradigma funcionalista, se ha discutido cuáles son las finalidades de protección de las normas penales, lo que ha propiciado una clara división de opiniones entre quienes parten de premisas político-criminales para relacionar el injusto penal con las condiciones esenciales de la participación de los individuos en la comunidad social en un Estado constitucional y democrático; y quienes se apoyan en el modelo de la teoría de los sistemas proporcionado por la sociología, en cuyo caso lo decisivo sería la necesidad de confirmar la vigencia de la norma conculcada a través de la pena, al haberse defraudado a través del delito una determinada expectativa de conducta. Pero al margen de las diferencias irreconciliables entre estos dos sistemas de imputación tan boga en las últimas épocas, lo cierto es que es objeto de las reglas de imputación comprobar cuándo un hecho ha de ser considerado una infracción de la norma de una persona a la que compete una determinada exteriorización pública (respetuosa con los bienes jurídico-penales o acorde con el imperativo de las reglas de conducta). Así pues, dejando a un lado la polémica apuntada, imputación es la pretensión de fijar las condiciones que permiten atribuir el ilícito penal a un sujeto, como “su” hecho, y por lo tanto es la contradicción objetivo-subjetiva a la vigencia del derecho “como derecho”. En palabras de HAAS, “la imputación es la actividad del operador jurídico a través de la cual se hace responsable a un determinado sujeto jurídico por un determinado suceso”⁶⁵⁴. Por lo demás, el conjunto de sistemáticas funcionalistas, y por extensión sus respectivos sistemas de imputación, parten de una noción kantiana (y liberal) de persona como sujeto libre, y por ende como centro de atribución de responsabilidad desde una perspectiva moral y jurídica⁶⁵⁵.

En mi opinión, en línea con la crítica de ROXIN al pensamiento de JAKOBS, si el Derecho Penal se dirige exclusivamente a mantener y asegurar la vigencia fáctica de la norma, y por ende a la autoconservación de la sociedad, el delito carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. En este sentido, un delito no descubierto puede no

⁶⁵³ Vid. ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, p. 5.

⁶⁵⁴ Vid. HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 3 y ss.

⁶⁵⁵ En efecto, no puede concebirse una voluntad autoconsciente sin libertad, lo que determina que el concepto de persona como sujeto libre y autodeterminante no sea sólo un requisito de la imputación a la culpabilidad, sino también de la imputación objetiva. En relación con ello, PÉREZ DEL VALLE, C., “*Imputabilitas* y teoría de la imputación...”, pp. 3 y ss.

desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico, y por lo tanto no estar necesitado de una reacción penal desde una perspectiva preventivo-general, si bien es obvio que el ataque al bien jurídico, y con ello su componente de lesividad social, no desaparece ni se modifica por el dato de que el hecho haya sido o no descubierto. Incluso cuando los delitos son idóneos para desestabilizar la confianza normativa de los ciudadanos, los daños jurídico-penalmente relevantes no residen en el desconcierto generado en estos últimos, sino en la destrucción o puesta en peligro de alguno de los objetos materiales en los que se sustancia el bien jurídico. En otros términos, cuando se separa el hecho típico de la realidad social, y se despacha como una mera adscripción de significado, se suprime la carga de ofensividad real del hecho. Por este motivo, entiendo que la justificación de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto precisa de razones adicionales a la mera desautorización de la norma de conducta vulnerada⁶⁵⁶. Ciertamente creo posible afirmar que las interpretaciones formales de los delitos de peligro abstracto reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia son en cierto modo tributarias de la sistemática de JAKOBS, y en consecuencia del método de inspiración hegeliana al que este autor recurre. Por las razones esgrimidas, no me parece admisible considerar que los delitos de peligro abstracto sólo afectan a “la vigencia de la norma para el caso en cuestión”, y que la pena es necesaria para “contradecir, a su vez, la contradicción de las normas” a los efectos de confirmar “la identidad social”⁶⁵⁷. Así las cosas, también el significado comunicativo de los delitos de peligro abstracto procede de su lesividad social, y ésta a su vez sólo puede sustanciarse en la afectación de bienes jurídicos.

De acuerdo con lo expuesto, en la teoría de la imputación objetiva pueden hallarse razones materiales concluyentes para justificar la necesidad de que el peligro no sea mera *ratio legis* de los delitos de peligro abstracto, ni aparezca como un dato meramente estadístico o abstracto de la conducta, es decir, para incluir como requisito de la relevancia penal del comportamiento individual algún elemento de idoneidad en el mismo para producir un resultado de lesión o concreta puesta en peligro⁶⁵⁸. Y, por lo tanto, para concebir los delitos de peligro abstracto como auténticos delitos de aptitud o peligrosidad objetiva, en el sentido de que la concreta peligrosidad de la conducta deba ser comprobada por el juez caso por caso con arreglo a un juicio *ex ante*, de manera que el peligro sea parte integrante del tipo y no simple motivo del legislador – bien sea

⁶⁵⁶ Vid. ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania...”, pp. 16 y ss.

⁶⁵⁷ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Ed. Civitas, 1996, pp. 91 y ss.

⁶⁵⁸ Subraya FRISCH que la teoría de la imputación objetiva proporciona el círculo de formas de conducta creadoras de riesgos típicamente relevantes, al sobrepasar éstas el umbral de riesgos penalmente tolerados. Vid. FRISCH, *Tipo penal...*, p. 96.

como injusto de peligrosidad o como desvalor de resultado potencial ⁶⁵⁹. Con ello puede consolidarse una pauta de interpretación de los delitos de peligro abstracto dogmáticamente correcta y político-criminalmente satisfactoria, mediante la que dotar de un mayor contenido material a su injusto sin exigir, en contrapartida, la corroboración de un contacto efectivo entre la conducta y uno de los posibles objetos materiales del bien jurídico. De este modo no hay que concluir, en definitiva, que la técnica de tipificación basada en el peligro abstracto debe ser evitada en la mayor medida posible, sino que la misma puede ser válida cuando aparezca como adecuada de acuerdo con los baremos de merecimiento y necesidad de pena que proporciona el sistema.

La evolución de la teoría de la imputación objetiva puso de manifiesto la necesidad de elaborar un sistema de responsabilidad penal en el cual dos de sus principales vectores fueran la previsibilidad y cognoscibilidad obtenida de los datos científicos que suministra la experiencia empírica⁶⁶⁰. Ello implica que no puedan castigarse hechos por la simple sospecha, no contrastada, de que puedan acarrear consecuencias lesivas. Ahora bien, los partidarios de una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto alegan en defensa de la misma que con ella se facilita la prueba sobre la tipicidad de la conducta, por cuanto el Juez queda dispensado de realizar una comprobación individual de la idoneidad lesiva de la concretamente realizada. Sin embargo, lo cierto es que en la propuesta de conceptualización formulada los delitos de peligro abstracto siguen ofreciendo mayores facilidades probatorias que los delitos de lesión y concreta puesta en peligro, en la medida que en ellos se elimina el problema de la determinación del nexo causal, al bastar con la comprobación de la potencialidad causal. Pero esto no puede soterrar, evidentemente, los problemas de indeterminación del tipo objetivo de algunos de los delitos de peligro abstracto, habida cuenta de que uno de los presupuestos de la plena operatividad del juicio de previsibilidad es una

⁶⁵⁹ Para hallar en la teoría de la imputación objetiva los criterios generales con los que delimitar la conducta típica, por ser arriesgada de forma penalmente desaprobada, es necesaria concebirla como una teoría de la imputación de riesgos, no sólo de imputación de resultados. *Ibidem*. p. 102.

⁶⁶⁰ Explica que el sujeto del juicio de imputación objetiva no es el hombre concreto en particular, sino el concepto abstracto de un hombre de capacidad normal, abstracción que podría justificarse aludiendo a que por ejemplo también a una persona inimputable puede imputársele su comportamiento como hecho y calificarlo como objetivamente antijurídico, aunque esa persona quizás no fuera capaz de activar su voluntad racional, de dominar reflexivamente el curso causal y de incluir la norma en su conciencia como patrón de su actuación, HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 5 y ss.

adecuada caracterización del bien jurídico, del objeto sobre el que ha de recaer la conducta y de las circunstancias llamadas a influir en tal valoración. Esto ensalza la proyección crítica, y la consiguiente propuesta de limitación de esta modalidad delictiva, que resulta de la propuesta de interpretación formulada, en la que la carga semántica del concepto de tentativa inidónea desde la perspectiva de la lesividad de la conducta juega un papel determinante⁶⁶¹.

En este contexto, la eficacia del control de constitucionalidad como instrumento para descartar la legitimidad de un precepto, por falta de coincidencia entre lesividad y conformidad formal con el tipo, es limitada. Ciertamente, la declaración de inconstitucionalidad no puede ser un mecanismo habitual para compatibilizar las disposiciones de la Parte Especial con el principio de lesividad, en aquellos casos en los que el peligro presumido por el legislador no se manifiesta en la concreta conducta incriminada – no sólo en la concreta conducta realizada, la cual en caso de ser inofensiva es, como se ha visto, penalmente irrelevante –. Por ello resulta necesario agotar las posibilidades de restricción teleológica de los tipos en cuestión cuando ello sea posible. Sin embargo, razones de honestidad científica imponen el deber de reconocer que no todas las disposiciones de la Parte Especial son perfectamente conciliables con las bases del sistema. De ahí la importancia de interpretar el concepto legal de tentativa como cláusula general de lesividad, a los efectos de consagrar una interpretación y aplicación de los tipos de peligro abstracto con arreglo a criterios teleológicos, y en consecuencia posibilitar la distinción entre una realización aparente y una realización efectiva del tipo.

Esta propuesta de interpretación, articulada alrededor de los fines de protección de la norma, a efectos de diferenciar la realización meramente formal del tipo y su realización efectiva cuando además la conducta muestre un contenido de peligrosidad suficiente para el bien jurídico, lejos de ser privativa de los delitos de peligro abstracto, es uno de los pilares esenciales sobre los que actualmente se construye la antijuridicidad material⁶⁶². En virtud del mismo se evita incurrir en una aplicación excesivamente mecánica y literal de los preceptos penales, así como en su aplicación a conductas

⁶⁶¹ Sobre como la teoría de la imputación objetiva, edificada en primer término sobre la relación de la conducta desaprobada con un riesgo determinado, permite soslayar tanto las dificultades de la dogmática de la tentativa como las de la dogmática de los delitos de peligro abstracto, FRISCH, *Tipo penal...*, p. 104.

⁶⁶² Vid. RUSCONI, *Los límites del tipo penal...*, pp. 44 y ss.

carentes de peligrosidad. Se abren paso de este modo tendencias doctrinales y jurisprudenciales en virtud de las cuales se postula la impunidad del hecho cuando la concreta conducta se muestra inocua o no suficientemente dañina para el interés tutelado, en base a principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de insignificancia. Esta corriente crítica, basada en la exclusión de la tipicidad de las conductas en las que la dañosidad potencial para el bien jurídico es nula o suficiente, marca el horizonte hacia el que creo deseable avanzar en el futuro.

Que los resultados de una interpretación teleológica de los delitos de peligro abstracto difieren de los de una interpretación formal, es evidente. En la primera es clara la orientación de estos tipos hacia la categoría de la imputación objetiva de la conducta, y por lo tanto hacia parámetros objetivo-normativos⁶⁶³. En la segunda, en cambio, se establece una fijación centralizada de los baremos de riesgo permitido para proteger determinadas condiciones de la interacción social, sin posibilidad de ser contrastados en el caso concreto, lo que no parece compatible con los principios y garantías penales que derivan del marco constitucional. En el seno de la teoría de la imputación objetiva, se ha generalizado para los delitos de resultado el requisito de la creación, incremento o no control por parte del agente de un riesgo típicamente desaprobado, seguido de la realización de ese riesgo en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro – en el sentido de comprobar si el curso causal efectivo se corresponde con uno de los riesgos desaprobados –. La evitación de ambos elementos, relativos respectivamente al desvalor de la conducta y al desvalor de resultado, debe quedar comprendida dentro de los fines de protección del tipo. Con arreglo a estos criterios normativo-materiales, se intenta evitar la atribución de responsabilidad penal por la mera relación fáctica entre la conducta y el resultado, al exigirse que la atribución del hecho tenga un sentido o fundamento material-valorativo. En cambio, en materia de delitos de peligro abstracto tradicionalmente ha sido objeto de menor atención el contenido de injusto material de la conducta formalmente típica, lo que de hecho supone eludir la pregunta de si el comportamiento realizado es uno de los que quería prohibir la norma aplicada. Así las cosas, el mismo razonamiento dogmático que sirve para limitar el surgimiento de un injusto típico en los delitos de lesión cuando la conducta no se muestra materialmente

⁶⁶³ Vid. WOLF, *Las categorías de la tipicidad...*, pp. 113 y ss.

antinormativa – por no crear, incrementar o no controlar un riesgo de suficiente entidad– sirven para restringir el tipo de los delitos de peligro abstracto.

Si en los delitos de lesión la falta de creación de un peligro desaprobado conduce, no a la punición del hecho como tentativa, sino a la impunidad del mismo, idéntica suerte deben correr las conductas formalmente realizadoras de un delito de peligro abstracto cuando se den las mismas circunstancias. Según ello, este primer nivel de imputación objetiva, relativo a la creación, incremento o no control de un riesgo no permitido a través de la conducta, el cual además entre dentro del alcance del tipo, debe ser generalizado a todos los tipos de delito. En el ámbito de los delitos de peligro abstracto, esto permite descartar – ya en el terreno objetivo – la tipicidad de aquellas conductas que no presentan un atributo de peligro suficiente. De esta manera los criterios formulados por la teoría de la imputación objetiva no serían privativos de los delitos de resultado, dolosos o imprudentes, sino que serían también aplicables al resto. Ello refuerza la idea de que dicha teoría no es un simple correctivo de la causalidad, en la medida que puede operar como parámetro delimitador del tipo con carácter general. Desde esta perspectiva, la idoneidad cualificada de la conducta para producir el resultado, como rasgo específico de la misma, se concibe como un problema previo y distinto de la propia imputación del resultado. Así las cosas, la peligrosidad desaprobada de la conducta, y que entra por lo tanto dentro de las finalidades de protección de la norma correspondiente, puede agotar por sí misma el tipo objetivo, al mostrar una tendencia hacia la causación del evento que se desea evitar.

En definitiva, el criterio de la adecuación o de la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado propio de la teoría de la imputación objetiva, se inserta en el núcleo de la conducta penalmente relevante, y en esta medida facilita la reelaboración conceptual de los delitos de peligro abstracto conforme a un sistema unitario y transversal a todos los tipos de delito. Como se ha dicho, este carácter arriesgado de la conducta como componente esencial del injusto, y por lo tanto generalizable a todo tipo de delito, encuentra el soporte legal necesario en la definición del concepto de tentativa contenida en el art. 16 CP. Se trata, en definitiva, de contemplar como una exigencia general interna al sistema estos criterios de imputación objetiva. La extensión de los mismos a todos los delitos de peligro abstracto permitiría consolidar una interpretación

de éstos como delitos de aptitud, aunque el tenor literal de su estructura típica no incluya una referencia expresa a la peligrosidad de la conducta.

Puede concluirse entonces que en los delitos de peligro abstracto, si bien no se suscita la cuestión de la imputación objetiva de un resultado, relativa al segundo nivel de imputación de la teoría de la imputación objetiva, sí debe estimarse necesaria la imputación objetiva de la propia conducta, dentro del primer nivel de imputación de dicha teoría, como requisito para la tipicidad y antinormatividad penal del hecho, sin que esta comprobación pueda entenderse realizada por la simple subsunción del comportamiento en el tenor literal del tipo. Con ello se unifica e iguala la determinación del primer nivel de imputación del injusto objetivo de todos los delitos, y en esta medida la peligrosidad efectiva *ex ante* de la conducta se erige en el mínimo común denominador a todos ellos. La exigencia de peligrosidad de la conducta como cualidad de la propia conducta, como juicio de desvalor sobre la misma, se configura de esta manera como una comprobación suplementaria a la atinente a su mera realización.

Ahora bien, la plena virtualidad de estos criterios presupone la posibilidad de saber a qué objeto va referida la creación del riesgo, y por lo tanto la posibilidad de identificar nítidamente el bien jurídico protegido. Ciertamente, la abstracción o formalización de los bienes jurídicos dificulta una configuración material del injusto, por lo que en la perspectiva defendida resulta fundamental poder delimitar de forma diferenciada el contenido de cada uno de ellos. Por lo demás, los delitos de peligro abstracto, al configurarse como una técnica de tutela anticipada, precisan una determinación especialmente diáfana del interés protegido puesto que sólo a través de ella puede evidenciarse la necesidad de recurrir a este particular sistema de incriminación.

Sentado todo lo anterior, la interpretación de los delitos de peligro abstracto propuesta puede relacionarse con dos criterios esenciales de la teoría de la imputación objetiva, entendida ésta como pauta para la comprobación del tipo de injusto. El primero, relativo a la creación de un riesgo objetivo *ex ante*, impone el deber de constatar que la conducta concretamente realizada aparece como una actuación peligrosa para el bien jurídico, lo que no debe confundirse con la efectiva creación de un riesgo concreto ya que esto último afecta a la verificación *ex post* de la presencia de un objeto material del delito en el posible radio de acción de la conducta típica. Este deber de comprobación por parte

del juez de la capacidad real *ex ante* de la conducta para producir un resultado de lesión o concreta puesta en peligro, implica rechazar de plano aquellas concepciones de los delitos de peligro abstracto en las que la peligrosidad de la conducta es simple *ratio legis*, no necesitada por lo tanto de comprobación judicial en el caso concreto por no ser un elemento incluido en el tipo. En un plano subjetivo todo esto supone que lo decisivo sea el conocimiento del autor acerca de la peligrosidad *ex ante* de su conducta. El segundo criterio de la imputación objetiva predicable en general a todo tipo de injusto penal, es el relativo al fin de protección de la norma, en la medida que el peligro derivado de la conducta debe ser uno de los que pretende evitar el tipo penal en cuestión.

En cuanto al contenido del juicio de peligro, se han destacado ya los paralelismos entre el criterio de la creación de un riesgo típicamente relevante en la imputación objetiva y la tentativa inidónea. En esta última se manifiesta y sintetiza, según se ha dicho, el juicio de previsibilidad objetiva necesario para la infracción de una norma penal, si bien la naturaleza, contenido y alcance de esta prognosis posterior-objetiva propia de la teoría de la adecuación sigue siendo en la actualidad objeto de debate. Considerar la superación de los márgenes de riesgo permitido un criterio determinante de la tipicidad implica que incida en la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, no en el conflicto entre dos o más intereses tutelados penalmente propio de las causas de justificación⁶⁶⁴. De este modo los intereses en conflicto que han de ponderarse son, por un lado, el relativo a la libertad de acción en general – y en concreto a realizar la conducta en cuestión – y, por otro, el concerniente al valor materialmente protegido por la norma formalmente aplicable. Como ha puesto de relieve la teoría del riesgo permitido, en esta ponderación de intereses lo determinante es una consideración individualizada de la relación entre el nivel de riesgo de la conducta y la entidad de los bienes jurídico-penales potencialmente afectados⁶⁶⁵. Ello permite excluir la imputación de la conducta por falta de creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante, por ejemplo, en aquellos casos en los que el autor disminuye o neutraliza el peligro para el bien jurídico, aunque la actuación coincida con la descrita literalmente en el tipo.

⁶⁶⁴ Cfr. HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 27 y ss. Niega el autor que el tipo objetivo esté integrado por elementos como el concepto de riesgo permitido, la relación de riesgo, la conducta alternativa adecuada a Derecho y la relación del fin de protección.

⁶⁶⁵ Sobre la relación entre las nociones de riesgo permitido y adecuación social, en el sentido de que en sus orígenes la primera fue considerada una manifestación de la segunda, REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, pp. 98 y ss.

Todo lo anterior puede reconducirse a la conclusión de que a través del juicio de pronóstico, por medio del que se concreta la evaluación de la peligrosidad de la conducta, debe constatarse un incremento penalmente no permitido de las posibilidades de afectación del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo de delito. De esta manera la circunstancia relativa al incremento del riesgo encuentra una significación axiológica específica dentro del proceso de determinación del comportamiento penalmente prohibido. Dentro del proceso de determinación de la infracción de la norma penal propio de la imputación objetiva, una vez que se ha establecido que la conducta entrañaba un peligro en los términos expuestos, el siguiente paso consiste en valorar si además ese riesgo queda abarcado por el ámbito de prohibición del tipo correspondiente, es decir, si es uno de los que éste pretende evitar⁶⁶⁶. Con arreglo a todo lo anterior, si se dice que la imputación de la conducta se basa en la peligrosidad de ésta – tanto de la incriminada como de la concretamente realizada – para bienes jurídico-penales inequívocamente identificables, limitar la tipicidad a la simple constatación de que se ha realizado el comportamiento sólo es admisible en aquellos supuestos – sin duda pocos – en los que la actuación formalmente incriminada en todo caso supera materialmente los márgenes de riesgo permitido.

Nada de lo anterior cambia por el hecho de la estructura típica de los delitos de peligro abstracto incluya la lesión de un bien jurídico-penal supraindividual intermedio. Es usual poner de relieve sin embargo las dificultades para concebir una lesión o puesta en peligro en esta clase de bienes, sobre la premisa de que éstos se caracterizarían por su carácter inmaterial y difuso. Ciertamente, si se parte de una noción normativa y no sólo fáctica de los bienes jurídicos, éstos adquieren una estructura más flexible, y por lo tanto quedan más expuestos a ser lógicamente y valorativamente distorsionados o manipulados. Por ello resulta necesario dotarlos de una autonomía y entidad suficientes como para que aparezca justificada su protección penal. En esta línea, ni la espiritualización de los bienes jurídicos, ni la colocación intermedia de bienes, puede ser un pretexto para que el campo de los objetos de protección penal sea ilimitado. Uno de los límites principales frente a esta técnica de configuración es, como se ha dicho, la lesividad de la conducta para bienes finales, no sólo para el mantenimiento del sistema de organización en el que

⁶⁶⁶ Sobre la relevancia orientadora del alcance de la prohibición dentro de la tarea delimitadora del riesgo penalmente típico, FRISCH, *Tipo penal...*, p. 108.

éstos se inscriben. Según ello, la función de las normas penales no puede ser la automatización de conductas para evitar la simple desviación respecto de estándares de actuación legalmente preestablecidos, sino prevenir la superación de los niveles de riesgo para bienes jurídicos penalmente tolerables.

En relación con aquellos tipos en los que se estima que la conducta aisladamente considerada es absolutamente inofensiva para el bien jurídico, al proceder el daño para éste de la acumulación o reiteración de comportamientos, entiendo que pueden introducirse una serie de matizaciones. Según ello, en algunos delitos de acumulación la conducta individual en cierto sentido sí podría considerarse lesiva para el interés tutelado si la cuestión se analiza según criterios de proporcionalidad, es decir, “reduciendo” la magnitud del bien jurídico a la de la conducta. Así pues, en términos absolutos, la conducta, sin ser totalmente inofensiva, sí que es cierto que no puede llegar por sí sola a lesionar el bien jurídico en atención a la magnitud o dimensión de éste. Ahora bien, en términos relativos o de proporcionalidad, en algunos casos sí que puede advertirse una carga lesiva suficiente en el comportamiento realizado. Desde esta perspectiva, el factor decisivo sería la gravedad de la propia conducta, no tanto la dimensión del bien jurídico, con la que difícilmente puede compararse sin más, al pertenecer ambos elementos a distintas escalas o magnitudes. Debería exigirse entonces que la conducta sea proporcionalmente peligrosa para el bien jurídico, según una adaptación de éste a la escala – más reducida – de aquélla, con arreglo a los principios informadores del sistema⁶⁶⁷. Por ejemplo, un vertido aislado de una pequeña cantidad de residuos puede no menoscabar por sí mismo el equilibrio de los sistemas naturales en términos absolutos, pero tal vez sí pueda aparecer como merecedor y necesitado de pena si, adaptando la magnitud del bien jurídico a la de la conducta según los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad, es posible determinar que contribuye por sí mismo – aunque sea en pequeña medida o a su escala – a la destrucción del medio ambiente, en cuyo caso no podría afirmarse el carácter penalmente insignificante del comportamiento.

⁶⁶⁷ Creo que esta es la única forma de acomodar a los criterios hermenéuticos propuestos los delitos de peligro abstracto cuya lesividad para el bien jurídico sólo puede proceder de la realización en masa de la conducta inculpada. Ahora bien, ello no impide constatar que el fundamento político-criminal de estos tipos reside ciertamente, como señala ROXIN, *Derecho penal I...*, p. 410, en “razones preventivo-generales (‘didácticas’), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas”.

VIII. Recapitulación

La técnica de tipificación utilizada en la configuración de los delitos de peligro abstracto resulta compatible con los fines preventivos del Derecho Penal. La lesión del bien jurídico sólo puede evitarse prohibiendo conductas que en el momento de actuar aparecen como potencialmente dañinas en tanto sean idóneas para menoscabar o destruir alguno de los objetos materiales sobre los que aquél alcanza su valor. Esta cualidad se encuentra presente tanto en los delitos de peligro concreto como en los delitos de peligro abstracto. Por lo tanto, es legítimo fundamentar el injusto en la infracción objetivo-subjetiva de la norma de conducta según las características que ésta presenta en el momento de ser realizada, con independencia de cuál sea el efectivo desarrollo causal del hecho⁶⁶⁸.

Otro aspecto del debate que se concita alrededor de los delitos de peligro abstracto es el relativo al objeto protegido. Normalmente los delitos de peligro abstracto se dirigen a la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, aunque a nivel conceptual no existe óbice alguno para utilizar también dicha técnica legislativa para la salvaguarda de intereses individuales. Ahora bien, a través del tipo de la tentativa inidónea ya se prohíben conductas *ex ante* objetivamente peligrosas para un bien jurídico individual, en los casos en los que el dolo del autor abarca la lesión de este último sin que se produzca ningún resultado de lesión o concreta puesta en peligro del mismo. Según ello, la presencia de un delito de peligro abstracto tan sólo estaría justificada para prevenir aquellos supuestos en los que no exista dolo, ni siquiera eventual, respecto de la lesión del interés individual, de modo que la conducta pueda calificarse en un plano subjetivo-interno de imprudente, al margen de que la culpa sea consciente o inconsciente. Todo lo anterior comporta que la concepción acerca de los bienes jurídico-penales supraindividuales incida en la determinación de la modalidad de ataque tipificada mediante los delitos de peligro abstracto.

Si se entiende que los bienes jurídicos supraindividuales carecen de todo referente individual, el ataque previsto en el delito de peligro abstracto de que se trate consiste en la lesión del correspondiente ámbito de organización social. De esta manera los delitos

⁶⁶⁸ Expone las polémicas doctrinales suscitadas en este ámbito, MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (trad. Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 36 y ss.

de peligro abstracto protegerían determinadas funciones sistémicas, al ser éstas útiles para la preservación del modelo de relaciones sociales establecido para un específico sector de actividad, con independencia del valor de la misma desde la perspectiva de los intereses individuales. Bajo esta óptica la tutela de funciones sistémicas sería entonces un fin en sí mismo, por lo que no sería necesario que estuvieran instrumentalmente dirigidas a aumentar las posibilidades individuales de participación social. En esta visión la protección de bienes jurídicos supraindividuales se fundamenta en su utilidad social, al margen de cuál sea su utilidad individual, lo que facilita una orientación de los fines de la norma primaria a la protección de su vigencia, es decir, a la autoafirmación del Derecho Penal con independencia de su utilidad individual.

Sin embargo, por imperativo de los principios y valores constitucionales, la legitimación del Derecho Penal depende también de la pauta de su utilidad individual, en concreto de su aptitud para fomentar las posibilidades de participación social de los individuos. Desde esta perspectiva, los bienes jurídico-penales supraindividuales deben disponer de un referente individual para que los ataques contra ellos dirigidos sean compatibles con los principios de lesividad y proporcionalidad. Este referente individual puede consistir en cualquier interés cuya titularidad sea susceptible de ser ostentada individualmente, y por lo tanto puede ser distinto de la vida o la salud de las personas, como por ejemplo el patrimonio. El referente individual debe consistir entonces en un bien jurídico personal, es decir, en un interés que pueda pertenecer individualmente a un sujeto. Sin embargo, los bienes jurídico-penales supraindividuales deben disponer de un contenido propio porque, si se contemplan como la suma de intereses individuales que comprenden, no podría explicarse, desde las ópticas de los principios de lesividad y proporcionalidad, por qué en numerosas ocasiones se asigna una pena mayor a la abstracta puesta en peligro que a la lesión del objeto jurídico del delito.

Se opta entonces por dotar de una cierta autonomía a los bienes jurídico-penales supraindividuales, de manera que con ellos se tutele un concreto ámbito de organización social, pero no por el valor que éste encierra en sí mismo en aras al mantenimiento del sistema social, sino por su utilidad individual. Creo en efecto que la protección de todo específico sistema de interacción social debe reconducirse a la protección de relaciones sociales concretas, y por lo tanto que todo bien jurídico debe estar – directa o indirectamente – destinado a la salvaguarda de intereses individuales. Sólo así el

Derecho Penal puede disponer de contenidos de valor de carácter material. Por lo tanto, los delitos de peligro abstracto estarían – directa y expresamente – dirigidos a la tutela de un subsector del sistema social e – indirecta y tácitamente – al amparo de algún interés individual.

La circunstancia de que en los delitos de peligro abstracto el interés individual sólo esté indirecta y tácitamente reconocido tiene trascendentes efectos en cuanto a la estructura típica de los mismos. Desde una perspectiva formal, la conducta sólo debe lesionar la correspondiente función sistémica, dado que la protección de ésta es la única finalidad expresamente admitida por el tipo. Ciertamente, los delitos de peligro abstracto están incluidos sistemáticamente dentro de los delitos contra la salud pública, la seguridad vial, el medio ambiente, etc. Sin embargo, desde una óptica material, el tipo objetivo exigiría además la aptitud de la conducta para lesionar algún interés individual, al ser también la protección de este último uno de los fines del delito de peligro abstracto correspondiente.

Según esto, la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta para algún interés individual sería una característica común entre los tipos de peligro y los tipos de lesión. Este dato sobre el hecho marca la frontera mínima a partir de la cual el Derecho Penal puede empezar a intervenir, por lo que quedan fuera de su radio de acción aquellos comportamientos que en el momento de realizarse objetivamente no revelen suficientes posibilidades de lesión de algún interés individual. La objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta debe comprobarse en el caso concreto, no en general como constatación de la pertenencia del acto a una clase de comportamientos que con una frecuencia constante causan la lesión del bien jurídico. Esto obliga a formular el juicio de peligrosidad a partir de todos los datos sobre la situación *ex ante* conocidos por el autor, más los conocimientos sobre las reglas que rigen la causalidad de un espectador imparcial colocado en su posición sumados a los especiales del sujeto.

No puede decirse que en los delitos de peligro abstracto la conducta no es adecuada en el caso concreto pero que lo es en general si se hace abstracción de alguna de sus características. Si se elimina la causa de inidoneidad conocida con posterioridad a la realización del hecho, todas las conductas pueden tener capacidad de lesión, aunque *ex ante* sean objetivamente inofensivas para el bien jurídico. Por lo tanto, la “abstracta”

valoración del peligro se refiere a las potenciales posibilidades de lesión cognoscibles en el momento de actuar para el autor y un espectador objetivo, no a un juicio hipotético en virtud del que se suprime mentalmente la causa que en el caso concreto ha impedido la lesión del bien jurídico.

Por otro lado, causalmente la conducta de ningún delito de peligro es adecuada para producir el resultado de lesión del bien jurídico individual. Si lo fuera, éste se habría producido. Por consiguiente, la única diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto es que en éstos últimos uno de los posibles objetos materiales del delito sobre los que físicamente puede recaer la conducta entra en el radio de posible eficacia causal de la misma. Sin embargo, en ambos tipos de delito el bien jurídico atacado se encuentra perfectamente identificado. Esta diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto no permite inferir que en los segundos el objetivo peligro de lesión *ex ante* es siempre superior. Que uno de los posibles objetos materiales del delito ingrese o no en el radio de eficacia causal de la conducta depende del azar. La gravedad de la infracción normativa – y por ende del injusto – sólo es superior cuando el ingreso de un objeto material en el radio de posible eficacia causal de la conducta es *ex ante* objetivamente previsible, y además denota una mayor probabilidad de lesión.

Si la conducta de los delitos de peligro abstracto se caracteriza por ser en el momento en el que se realiza objetivamente capaz de lesionar el correspondiente interés individual, no cabe tentativa en los delitos de peligro abstracto. Cuando la conducta dispone de este atributo, el delito se ha consumado; mientras que, si carece del mismo, concurre una causa de exclusión de la tipicidad, al no ser la conducta objetivamente imputable con arreglo a los criterios materiales expuestos. En este caso no se realiza ni el tipo de la consumación ni el de la tentativa. En esta visión el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto presenta grandes similitudes con el de la tentativa inidónea. Al haberse sostenido que la tentativa inidónea delimita el momento más lejano a la lesión del bien jurídico individual en el que el Derecho Penal puede intervenir de forma generalizada, no puede existir tentativa en los delitos de peligro abstracto, toda vez que ello supondría admitir estructuralmente la posibilidad de “tentativa” en la tentativa inidónea, es decir, la opción de castigar conductas que ni siquiera *ex ante* se muestran objetivamente peligrosas para el bien jurídico individual.

Por el contrario, de concebirse los bienes jurídicos supraindividuales como intereses carentes de un referente individual, los delitos de peligro abstracto serían en realidad delitos de lesión, en cuyo caso podría existir tentativa en algunas clases de tipos. Bajo este esquema los presupuestos del tipo objetivo serían la realización de una conducta *ex ante* objetivamente capaz de lesionar el modelo organizativo tutelado, y la concreción de esa aptitud en un resultado de lesión de dicho modelo. Cabría apreciar entonces tentativa en los – sin duda escasos – supuestos en los que la realización de una conducta idónea para lesionar un modelo de organización no va seguida de la lesión del mismo. Por lo tanto, desde esta perspectiva sería posible admitir formas de tentativa en algunos delitos, al no identificarse los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea, sino con delitos de lesión de intereses supraindividuales.

Podría parecer a priori que esta concepción ofrece mayores posibilidades de restricción de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto al admitirse en ella la posibilidad de tentativa. Pues bien, un examen más detallado sugiere justamente lo contrario. El potencial para interpretar restrictivamente los requisitos de la tipicidad objetiva en los delitos de peligro abstracto es mayor si no se admite la posibilidad de realizarlos en grado de tentativa pero estructuralmente se equiparan a la tentativa inidónea. En este caso no podría haber una tentativa de un delito de peligro abstracto, pero los delitos de peligro abstracto serían como tentativas inidóneas; mientras que, de carecer el bien jurídico supraindividual en ellos protegido de un referente individual, cabría la posibilidad de tentativa de un delito de peligro abstracto, pero no serían como tentativas inidóneas. Entiendo por lo tanto que el factor con más eficacia restrictiva de la tipicidad en los delitos de peligro abstracto no se relaciona con la posibilidad de que puedan realizarse en grado de tentativa, sino con la aplicación a ellos de la estructura del tipo objetivo de la tentativa inidónea, habida cuenta de que esta clase de delito intentado indica el momento más anticipado a la lesión del interés individual en el que puede intervenir el Derecho Penal. Por lo tanto, salvo los casos en los que el hecho como mínimo presenta la estructura del tipo objetivo de la tentativa inidónea, la conducta debe permanecer impune.

La eficacia limitativa de la tipicidad que resulta de la equiparación del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto con el de la tentativa inidónea se manifiesta, por un lado,

en la circunstancia de que no pueden ser penalmente relevantes conductas que no supongan una objetiva afectación en términos probabilísticos del interés individual tácitamente protegido por el bien jurídico supraindividual, por lo que la tipicidad formal es una condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad material. Y, por otro, en la circunstancia de que para corroborar la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico no basta con la pertenencia de la misma a una clase de comportamientos generalmente peligrosos, sino que además debe ser *ex ante* objetivamente peligrosa en el caso concreto. En cambio, si los bienes jurídicos se desconectan de todo referente individual, pese a que residualmente pueda apreciarse tentativa en los delitos que los protegen, lo cierto es que se consagra una concepción acusadamente más formal de la tipicidad, en cuyo caso el hecho puede castigarse por el dato de pertenecer a una clase de comportamientos generalmente peligrosos, sin que sea necesario que la conducta sea peligrosa para algún valor individual. La flexibilización del tipo que con ello se produce estaría tendencialmente expuesta a vulnerar los principios de lesividad y proporcionalidad en la configuración que de ellos se desprende de nuestro texto constitucional.

CUARTA PARTE. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

I. Introducción

La crítica al dogma del bien jurídico ha sido usualmente uno de los aspectos determinantes tanto en la polémica en torno al peligro abstracto como técnica de criminalización, como en la relativa a los intereses colectivos que éstos tutelan. Dado que esta crítica ha tenido un notable eco en la doctrina, a través de los discursos que la incorporan se han superado lo que hasta poco eran como una suerte de “tabú”, hasta el punto de que hoy en día no parece una ocurrencia ni una temeridad defender la posibilidad de legitimar normas jurídico-penales sin ninguna referencia a bienes jurídicos. Antes lo contrario, la justificación del castigo en la lesión de un deber aparece como una opción atractiva y cada vez más sólida a ojos de amplios sectores dogmáticos⁶⁶⁹. Frente a esta posibilidad, es habitual contrargumentar que el reconocimiento de tipos penales que no protegen ningún bien jurídico acaba con la iluminista separación entre Derecho y Moral. Esta aseveración no me parece sin embargo suficientemente convincente, puesto que difícilmente puede negarse que en un Estado democrático las normas penales se corresponden con normas ético-sociales, y que obtienen su legitimación precisamente de proteger el “mínimo” de consenso sobre el que éstas se articulan. Por lo tanto, los partidarios de “revalorizar” el concepto de bien jurídico, al objeto de que éste siga siendo uno de los vectores principales en la tarea delimitadora de la antijuridicidad penal, deben intensificar sus esfuerzos si no quieren verse paulatinamente abocados a posiciones próximas a la marginalidad.

Es ésta una batalla de largo alcance y recorrido, la cual seguramente integra una de las mayores tensiones dialécticas a las que se enfrenta la Dogmática jurídico-penal de nuestro tiempo. Como he apuntado, a riesgo de incurrir en un cierto maniqueísmo, los dos grandes bandos que en esta discusión dirimen sus fuerzas son, por un lado, el partidario de un concepto material de delito construido sobre la noción de bien jurídico y, por el otro, el favorable a la concepción del delito como lesión de un deber de

⁶⁶⁹ Sobre la posibilidad, negada por el autor, de que la concepción del delito como lesión de un deber suponga un retorno más o menos explícito a doctrinas de corte nacionalsocialista, STRATENWERTH, “Sobre la legitimación de los “delitos de conducta””, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 237 y ss.

conducta. Mi opinión personal creo que ya ha sido suficientemente explicitada. Y, a la vista de que uno de los principales frentes en los que esta contienda se libra es en el de los delitos de peligro abstracto, a continuación trataré de ofrecer una serie de motivos en virtud de los cuales anclar estas figuras delictivas a un concepto lo más vitaminado posible de bien jurídico. Dentro de esta labor, partiré de las conclusiones obtenidas en los capítulos precedentes, en particular de las similitudes que se han identificado entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea.

En los delitos en los que no quepa identificar un bien jurídico con bastante solidez, no creo que la “perturbación de la paz jurídica” pueda servir de fundamento de la pena. Dado que no existe ningún orden social entre seres humanos que pueda reducirse a un principio abstracto o derivar de él, dicho orden es siempre el resultado de múltiples influencias y desarrollos histórico-culturales. Como consecuencia de ello, el orden social es siempre contingente y, a los efectos que ahora interesan, su función es expresar el consenso social existente alrededor de los valores que se consideran más esenciales. Esto es algo distinto de orientar el Derecho Penal a la conservación del orden social en sí. Es decir, si la norma penal debe legitimarse a través del consenso social, las decisiones fundamentales sobre la estructura general del orden social sólo pueden justificarse a través del reconocimiento de la existencia de este último⁶⁷⁰.

Como he ido apuntando, las tesis que se defienden se sustentan axiológicamente en la noción de individualismo, desarrollada por primera vez por las doctrinas del contrato social formuladas en los S. XVII y XVIII, consagrada en las Constituciones de los Estados Americanos desde 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y consolidada con la teoría del Derecho de Kant. Esta noción es uno de los pilares básicos en un paradigma liberal de Derecho Penal de corte garantista. Sin embargo, no se utiliza en el sentido de considerar la libertad individual un valor absoluto, y por lo tanto siempre preferente frente a intereses sociales, sino como imagen ideal-abstracta del ciudadano, en su vertiente de sujeto titular de bienes intangibles para el poder estatal. Esta concepción del individuo sirve por lo tanto para delimitar una esfera de derechos de la persona excluida de injerencias de terceros, incluso de las que derivan del poder coercitivo legítimamente ejercido⁶⁷¹.

En los capítulos anteriores se ha tratado de acotar el sustrato axiológico que fundamenta la punibilidad de la tentativa desde una óptica formal y material. Desde un prisma formal, lo que fundamenta el castigo de esta modalidad delictiva es el inicio de la ejecución del tipo con voluntad de consumación, sin que ésta se produzca por causas

⁶⁷⁰ *Ibidem*. p. 243.

⁶⁷¹ *Ibidem*. pp. 241 y ss.

distintas al desistimiento voluntario del autor. En base a ello, se han ofrecido diversos criterios para establecer el momento en el que con carácter general puede entenderse iniciada la ejecución del delito, los cuales se han articulado unitariamente alrededor de la idea de realización del verbo rector del tipo en sentido literal (sin olvidar que preguntarse en qué momento comienza la tentativa equivale a plantearse en qué momento se da principio a la ejecución del delito)⁶⁷². Ahora bien, esta fórmula es insoslayablemente tautológica si no va acompañada de una explicación acerca del momento en el que puede entenderse iniciada la realización del verbo previsto expresamente en el tipo. Para ello se han ofrecido dos pautas a seguir de modo necesariamente cumulativo: una subjetiva, relativa al plan del autor; y otra objetiva, concerniente a la forma de proceder a la valoración de éste. Así las cosas, el verbo típico se realizaría en sentido formal cuando así pudiera afirmarse según el plan del autor valorado de modo objetivo.

Según ello, mientras que el objeto del juicio sería una circunstancia subjetiva (el plan del autor), la forma de emitirlo sería objetiva en la medida que respondería a la opinión sobre este particular de un hipotético espectador imparcial o inter-subjetivo. Sin embargo, esto no responde a la pregunta de cuándo un espectador objetivo consideraría, a la vista del plan delictivo del autor, que éste ha iniciado la ejecución del tipo. Para estos efectos, resulta imprescindible recurrir a los baremos ofrecidos por las teorías objetivo-materiales, sin poseer ninguno de ellos carácter absoluto, por lo que se les ha asignado el valor de pautas orientadoras a analizar conjuntamente, con el auxilio, claro está, de algunos de los principios que a nivel general informan el sistema de la Teoría del Delito, singularmente los de lesividad y proporcionalidad⁶⁷³. Con ello quedarían felizmente suplidas las carencias de la fórmula “dar principio a la ejecución” contenida en el art. 16.1 CP, la cual sólo obliga a distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, pero sin embargo no brinda un criterio para ello.

⁶⁷² Como advierte REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21, “la conducta representa la esencia del tipo penal. En cada tipo penal, hay que buscar el verbo que le da vida y significado; es realmente éste quien le impone una determinada estructura, integrando a la vez el comportamiento que el ordenamiento quiere impedir y que por ello es descrito en la Ley penal. La acción se ofrece, por tanto, como punto de partida y base de toda la teoría del delito y del Derecho penal en general. Representa una definición en el sentido de ser un sustantivo al que se añaden todas las restantes características del delito como adjetivos y atributos, es decir, como predicados que se incorporan a la acción considerada como sujeto”.

⁶⁷³ Sobre el significado social de la conducta lesiva para bienes jurídico-penales, ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, pp. 90 y ss.

Por otro lado, las dificultades para identificar cuándo un espectador objetivo estimaría que el autor ha iniciado la ejecución del plan criminal según el modo en que lo ha proyectado, no deben eclipsar la principal ventaja de recurrir a un modelo formal en cuanto a la delimitación entre los actos preparatorios y los ejecutivos. El sistema defendido impide extender el concepto de ejecución a actos anteriores a la realización del verbo literal del tipo en sentido estricto, de modo que éstos en todo caso han de ser considerados preparatorios y, por lo tanto, en general impunes. Esto ya constituye en sí mismo una primera restricción de la tipicidad, por lo que la propia estructura formal de la tentativa ofrece valiosos límites en cuanto a las conductas que pueden considerarse generalmente delictivas, los cuales son predicables respecto de cualquier tipo de delito, al ser la antijuridicidad formal un presupuesto necesario, aunque no suficiente, de la antijuridicidad material.

En una segunda fase, según se ha visto, el reconocimiento de criterios materiales permite seleccionar, de entre todas las conductas formalmente típicas, aquellas llamadas a interesar al Derecho Penal por suponer un peligro para el bien jurídico-penal protegido por el correspondiente tipo intentado⁶⁷⁴. Junto al primer filtro formal de la tipicidad, se establece por tanto un segundo filtro de carácter material, conforme al cual en un plano objetivo sólo pueden adquirir relevancia penal los comportamientos que por lo menos pongan en peligro el bien jurídico-penal en cuestión. Consecuentemente, de la misma manera que el inicio de la realización del verbo rector del tipo en sentido literal marca la frontera mínima a partir de la cual el Derecho Penal puede intervenir legítimamente a nivel formal, a nivel material el límite mínimo a partir del cual esa intervención puede ser lícita viene determinado por la creación, aumento, o no control, de un riesgo para el bien jurídico-penal no permitido. Según ello, la estructura formal del tipo – en concreto el momento en que se inicia su ejecución – permite distinguir entre actos preparatorios (en general impunes) y tentativa, mientras que su estructura material permite diferenciar la tentativa irreal y el delito putativo (siempre impunes) de las modalidades punibles de delito intentado, singularmente de la tentativa inidónea. Ambas cuestiones, relativas

⁶⁷⁴ En contra de este planteamiento, entiende ROBLES PLANAS, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal...”, pp. 23 y ss., que la teoría del bien jurídico contiene una elevada dosis de circularidad conceptual, lo que a su juicio se pone especialmente de manifiesto en los delitos de peligro abstracto, pues en ellos la prohibición penal sería irrenunciable pese a no existir una lesión o concreta puesta en peligro de un interés.

respectivamente al momento de inicio de la tentativa y al fundamento de su punibilidad, están estrechamente relacionadas entre sí, en la medida que una conducta no puede ser penalmente punible si no ha iniciado la ejecución del tipo.

En relación con el significado material de la tentativa de delito, si la puesta en peligro del bien jurídico indica el momento más anticipado en el que el Derecho Penal puede intervenir legítimamente, debe darse respuesta a la cuestión de qué atributos debe presentar la conducta como para poder ser contemplada como una indebida forma de ataque contra un bien jurídico-penal por generar un riesgo de lesión del mismo no permitido. Para ello debe recurrirse a una síntesis entre los parámetros valorativos basados en la relación de riesgo y en los fines de protección de la norma (de hecho el *topos* del fin de protección de la norma sirve precisamente para comprobar la concurrencia de una relación de riesgo)⁶⁷⁵. Así pues, recurriendo de nuevo al primero de los ejes de la teoría de la imputación objetiva, se ha postulado que una conducta es objetivamente peligrosa cuando en el momento en que se realiza la lesión del bien jurídico aparece como una consecuencia probable, aunque no segura, de la misma. Según ello, desde un punto de vista material la tentativa inidónea es la manifestación delictiva más lejana de la efectiva lesión del bien jurídico respecto de la cual la punición penal puede ser lícita⁶⁷⁶. Además, lo dicho permite sostener que el presupuesto de la teoría de la imputación objetiva común a todo delito es la creación de un riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico-penal objeto de protección⁶⁷⁷. El reconocimiento de que esta estructura, específica de la tentativa inidónea y a la vez común a todo tipo de delito, conduce a la conclusión de que en la tentativa punible se manifiesta completamente la infracción normativa fundamentadora del injusto. Por consiguiente, esta figura no puede concebirse como una forma delictiva excepcional en relación con el delito consumado, o como un “delito imperfecto”, sino que conforma el “delito por antonomasia”, en el sentido de que en ella se encuentran presentes todos los componentes objetivos del modelo general de ilícito penal, lo que la dota de una sustantividad propia desde luego incuestionable.

⁶⁷⁵ HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 9 y ss.

⁶⁷⁶ Propone DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 56 y ss., acudir a un sistema de incriminación cerrada de la tentativa, reservándola únicamente para la protección de los bienes jurídicos más importantes. El autor, partiendo de una visión dualista del injusto penal, admite excepcionalmente la punición de tentativas no generadoras de un resultado de peligro concreto.

⁶⁷⁷ Sobre si la imputación objetiva, en cuanto a su elemento de creación de riesgos, puede ser la primera cuestión a examinar en todos los delitos, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 109 y ss.

Se colige de todo ello que las cuestiones abordadas en cuanto a la tentativa afectan, por su transversalidad y trascendencia sistemática, a la esencia misma del injusto penal. Es por ello que los límites formales y materiales elaborados para interpretar restrictivamente el tipo de la tentativa se han trasladado, en una fase posterior del trabajo, a los delitos de peligro abstracto. En relación con éstos, la doctrina se ha encontrado tradicionalmente con dificultades para advertir en ellos un contenido de injusto material. Con la voluntad de contribuir a paliar esta carencia, se ha explorado la vía de dotar el aspecto objetivo de estos tipos de un contenido de injusto material análogo al de la tentativa inidónea. En consecuencia, con la aplicación a los delitos de peligro abstracto de las restricciones formales y materiales que deben regir en orden a la apreciación de tentativa inidónea, se ha tratado de conformar una interpretación reductora de aquellos, a los efectos de que no todas las conductas que formalmente realizan estas figuras sean típicas en sentido material. En este orden de cosas, lo dicho podría resumirse con la consideración según la cual la objetiva adecuación *ex ante* de la conducta es el parámetro a la luz del que discriminar, de entre las conductas formalmente subsumibles en un delito de peligro abstracto, aquellas que además son materialmente constitutivas del mismo.

Ello no obstante, en los delitos de peligro abstracto resulta especialmente ardua la problemática acerca de su objeto de protección, lo que obliga a complementar lo dicho con otras observaciones. El punto de partida debe ser que los delitos de peligro abstracto están orientados en su mayoría a la tutela de intereses supraindividuales. Debe dilucidarse por lo tanto si en relación con ellos, para afirmar la tipicidad de la conducta, basta con la abstracta puesta en peligro del interés supraindividual o si, por el contrario, ésta debe ir referida además a un interés individual. Frente a este dilema, se ha optado por reconducir los delitos de peligro abstracto protectores de bienes jurídico-penales supraindividuales a la tutela de valores individuales, puesto que sólo así puede optimizarse la vocación material de tales tipos, a la par que evitar una extensión de las fronteras de intervención penal más allá de dónde ésta resulta legítima con arreglo a principios como los de fragmentariedad, *ultima ratio*, mínima intervención, etc.⁶⁷⁸. Así

⁶⁷⁸ Mostrándose también a favor de una visión personalista de los bienes jurídico-penales, MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*,

las cosas, la circunstancia de que la mayoría de delitos de peligro abstracto estén finalísticamente orientados a la tutela de dos clases de bienes distintos, dificulta sobremanera la tarea de establecer cuál es su estructura. El modelo de solución adoptado pasa por entender que estructuralmente son delitos de lesión del interés intermedio (supraindividual) y de abstracta puesta en peligro del interés final (individual). De esta manera los bienes jurídico-penales supraindividuales, pese a disponer de una cierta autonomía respecto de los bienes jurídico-penales individuales, no serían totalmente independientes de estos últimos. Por este motivo la lesión de los primeros no permitiría fundamentar por sí misma el injusto de los delitos de peligro abstracto, lo que se justifica en la necesidad de no incurrir en una interpretación formal de éstos, en cuyo caso la conducta no revestiría un contenido de lesividad suficiente.

En este contexto, si la estructura de los delitos de peligro abstracto se asimila a la de la tentativa inidónea desde la perspectiva de un interés individual, el reconocimiento de la posibilidad de tentativa en ellos equivaldría a admitir una tentativa de una tentativa inidónea⁶⁷⁹. Ello llevaría a la punición de conductas *ex ante* no objetivamente peligrosas para el interés (individual) objeto de tutela, lo que supondría una ilegítima ampliación de los límites de la intervención penal⁶⁸⁰. Según ello, en el planteamiento esbozado una conducta lesiva del bien jurídico supraindividual pero inocua para el interés individual, podría ser formalmente típica, pero bajo ningún pretexto podría serlo desde una óptica material. En estos casos la solución no pasaría, por lo tanto, por apreciar tentativa de un delito de peligro abstracto sino, directamente, por defender la atipicidad de las conductas que presenten estas características. Subyace a esta idea el convencimiento de que la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto iría en el fondo rodeada de una interpretación formal, y por ende extensiva, de los mismos. Por ello estimo preferible optar por defender la atipicidad por razones materiales de las conductas que, desde un punto de vista formal, podrían integrar una tentativa de un delito de peligro

Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 41 y ss., insiste en las ideas de “participación de la persona en el sistema social”, de “autorealización de la persona en la vida social”, de “satisfacción de necesidades humanas”, etc. Concibe pues los bienes jurídico-penales como unidades funcionales valiosas para la sociedad y para la libertad de los ciudadanos individualmente considerados.

⁶⁷⁹ Sobre la posibilidad de punir un “peligro de un peligro de lesión”, KISS, “Delito de lesión y delito de peligro concreto...”, pp. 8 y ss.

⁶⁸⁰ En términos parecidos se expresa REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 151: “se ha dicho también, en contra de la admisión de la tentativa, que la misma no puede darse en los delitos de peligro, arguyendo que, siendo el delito intentado un típico delito de peligro, en estos casos la tentativa acabaría por ser el peligro de un peligro y la posibilidad de éste no basta para dar lugar a la figura del delito imperfecto”.

abstracto de entenderse que el interés supraindividual puede ser lesionado sin que el interés individual sea abstractamente puesto en peligro.

Así pues, los criterios restrictivos del tipo de los delitos de peligro abstracto que emanan de su comparación con el tipo de la tentativa son fundamentalmente dos: a nivel formal, el que deriva del hecho de que no puedan ser penalmente relevantes conductas anteriores a la realización del verbo previsto literalmente en el tipo; y a nivel material, el procedente de la exigencia de que la conducta sea en el caso concreto *ex ante* peligrosa para algún interés individual. Según ello, tanto las conductas que no inicien la ejecución del tipo en los términos expuestos, como las que no sean individualmente consideradas objetivamente adecuadas para lesionar el bien jurídico-penal individual, deben reputarse penalmente irrelevantes desde la óptica del correspondiente delito de peligro abstracto.

Como ya se ha anticipado, este último capítulo del trabajo se configura como unas conclusiones sobre las conclusiones alcanzadas en los apartados precedentes. Con el fin de contrastarlas, se precisará un poco más la conexión existente entre la teoría de la imputación objetiva (concretamente, entre el primero de sus requisitos), el injusto de la tentativa y el injusto de los delitos de peligro abstracto. A partir de ello ha de ser posible profundizar tanto en la estructura como en el fundamento de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de justificar aún más por qué la solución dogmáticamente más correcta a la par que más restrictiva, y por lo tanto más garantista, pasa por desechar la posibilidad de tentativa en esta figura. Y, paralelamente, ha de ser posible defender la atipicidad de aquellas conductas que realizan el tipo sólo formalmente, al lesionar el bien jurídico supraindividual, pero no ser suficientemente peligrosas para el interés individual, las cuales podrían ser vistas, a nivel meramente estructural, como tentativas de un delito de peligro abstracto, al iniciar – insisto, sólo a nivel formal – la realización de la descripción típica⁶⁸¹.

Estas cuestiones de profunda complejidad, las cuales han sido prolíficamente tratadas por la doctrina, deben encuadrarse sistemáticamente dentro de la Parte General al afectar a la esencia del tipo de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto. Asimismo poseen una trascendente incidencia práctica en la medida que de ellas

⁶⁸¹ Sobre los planteamientos contrarios en la doctrina española a la admisibilidad de los delitos de peligro abstracto, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, pp. 150 y ss.

depende la delimitación del ámbito de lo penalmente punible en relación con los tipos de delito de la Parte Especial articulados alrededor de la idea de peligro, sin que para su consumación sea necesaria la lesión del bien jurídico protegido (es decir, el delito de tentativa y los delitos de peligro). El interés por las anteriores cuestiones se acrecienta sin duda a la vista del recurso cada vez más frecuente del legislador al peligro abstracto como técnica de incriminación. En esta línea, para justificar la relevancia práctica de las cuestiones abordadas a nivel teórico, las conclusiones alcanzadas en apartados precedentes se aplicaran a los supuestos concretos enunciados en la introducción de la investigación, lo que además debe servir para contrastar su validez dogmática junto con el carácter satisfactorio de las consecuencias político-criminales que de ellas se desprenden. Dado que todo el análisis que se viene desarrollando está destinado en última instancia a ofrecer pautas restrictivas de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto, mediante la comparación de su estructura objetiva con la de la tentativa inidónea, en los casos examinados van a valorarse fundamentalmente dos circunstancias: en relación con la estructura formal del tipo, si la conducta inicia la ejecución del delito de peligro abstracto correspondiente o si, por el contrario, aparece como un simple acto preparatorio impune; y en cuanto a su estructura material, si la conducta dispone de una carga de lesividad suficiente como para realizar en sentido sustantivo el tipo de injusto o si, careciendo de ella, debe considerarse que el peligro que implica para el bien jurídico-penal es nulo o, cuanto menos, no dispone de la entidad necesaria como para estar penalmente prohibido.

II. La teoría de la imputación objetiva en la dogmática de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto

Sostener genéricamente que la teoría de la imputación objetiva proporciona un parámetro adecuado para la configuración del injusto de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto, creo que, sin duda, orienta en la dirección correcta el debate acerca de las razones materiales de la punición de ambas figuras delictivas⁶⁸². Ahora bien, esta afirmación requiere ser desarrollada a través de ulteriores precisiones, en atención a la falta de unidad en torno a la elaboración conceptual de dicha teoría. Para ello puede ser

⁶⁸² Actualmente amplios sectores doctrinales, incluso algunos de los que sistemáticamente parten de un esquema finalista, admiten que la imputación objetiva es aplicable tanto a los delitos dolosos como imprudentes. Al respecto, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, pp. 109 y ss.

útil estimar que el elemento común a toda manifestación delictiva es el primer filtro de la teoría de la imputación objetiva, según el cual la conducta debe constituir un ilícito ataque al bien jurídico objeto de protección, cuyo carácter indebido procede de la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para el mismo. Así las cosas, las conductas que socialmente se estiman generadoras de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado estarían dotadas de un contenido valorativo (negativo) tan fuerte que justificaría la intervención del Derecho Penal, pese a que el peligro no se realice en el resultado. Conforme a ello, la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado podría conformar por sí misma la infracción de una norma primaria mediante la que se pretende ordenar en el ámbito penal el ejercicio de un determinado rol social. Ahora bien, dado que el Derecho Penal sólo está llamado a reaccionar frente a las modalidades de ataque contra bienes jurídico-penales más graves, si la creación de un riesgo para algún interés jurídico-penal entra dentro del legítimo ejercicio de un rol social, la conducta debe quedar comprendida dentro de los márgenes de riesgo permitido (como sucede con la conducción de vehículo a motor respetando las normas que disciplinan este sector de interacción social)⁶⁸³.

Como se ha expuesto en el Capítulo III, desde el propio funcionalismo se han vertido acervadas críticas a la capacidad del bien jurídico para limitar la intervención penal, sobre todo en cuanto a la creación de nuevos delitos y a la restricción del alcance de los ya existentes a través de su interpretación teleológica. Se afirma desde esta perspectiva que el bien jurídico no es útil en aras a contrarrestar la fuerza de grupos sociales organizados – normalmente en forma de *lobbys* o grupos de presión –, los cuales consiguen criminalizar lo que ellos estiman pertinente, ni por lo tanto para proteger condiciones esenciales de la vida en comunidad. Como ejemplo de ello se suelen mencionar delitos que tan sólo aparentemente dispondrían de un bien jurídico, como los relativos al medio ambiente, al orden público o a la discriminación. No obstante, paradójicamente la solución que desde estos posicionamientos se propone, articulada en esencia alrededor de la función del Derecho Penal como mecanismo estabilizador de la norma, no sólo no contribuye a subsanar los defectos que se advierten en la teoría del bien jurídico, sino que de un modo poco disimulado – y añadiría que un tanto cínico – agrava sus

⁶⁸³ Al respecto resulta particularmente sugerente la clasificación sistemática propuesta por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 613: “Las dos categorías fundamentales del delito habrían de ser, pues, la *antijuridicidad penal* y la *sancionabilidad penal* (que podría denominarse punibilidad, siempre que se entienda que aquí este término tiene un sentido diferente del tradicional). En mi planteamiento, ello resulta de aplicar las premisas básicas antes expuestas: que la teoría del delito debe orientarse a los fines del Derecho penal; que las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de los fines del Derecho penal, y que, por tanto, la orientación de la teoría del delito a los fines del Derecho penal pasa por la configuración del mismo sobre la base de la diferenciación de las misiones propias de las normas primarias y las normas secundarias”.

efectos. Si bien la función restrictiva del bien jurídico no está exenta de claroscuros, esta doctrina elimina directamente cualquier posibilidad de restricción del Derecho Penal, en la medida que según ella la norma una vez creada debe ser respetada y quien la infringe debe ser castigado, con independencia de cuál sea su contenido, es decir, de su validez material. Por otro lado, si desde esta postura se alude al concepto de “condición esencial para la vida social” como parámetro para evaluar la validez material de la norma, en el fondo se está haciendo referencia al bien jurídico⁶⁸⁴. Según ello, las corrientes funcionalistas contrarias a la teoría del bien jurídico pueden clasificarse en sus rasgos más nucleares en tres grupos: las que prescinden del concepto de bien jurídico-penal como fundamento de la elaboración dogmática; las que lo formalizan como una referencia meramente nominal; y, por último, las que, recurriendo a otras nomenclaturas, lo sustantivan y le atribuyen funciones con parámetros análogos a los de las teorías que critican.

Es por ello que parece más convincente adscribirse a un modelo funcionalista en el que la referencia al bien jurídico se intensifique en la mayor medida posible, lo que tiene como presupuesto una interpretación del Derecho Penal con arreglo a criterios constitucionales, y en la que por lo tanto la norma superior del Ordenamiento se presente como una pauta necesaria, aunque no suficiente, para identificar las condiciones esenciales para la vida social a proteger mediante el instrumental penal. No obstante, como también se ha dicho en el capítulo anterior, ninguna Constitución delimita de forma directa, exacta y taxativa los valores imperantes en una determinada sociedad, por lo que para estos efectos tan sólo proporciona pautas orientativas. Por otro lado, tampoco el bien jurídico es la solución definitiva a los actuales problemas del Derecho Penal. Sin embargo, creo que resulta esencial retomar y abundar en las posiciones que integran en la labor dogmática los valores político-criminales característicos de un Estado social y democrático de Derecho, para revalorizar con ello determinados límites restrictivos de la intervención penal, como los de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad; lo que debe hacerse con el complemento necesario de interpretaciones sistemáticas a través de las que analizar cuando una conducta está también prevista en otra área del Ordenamiento jurídico, para poder visualizar de este modo cuando realmente existe una laguna de punibilidad, sin incurrir en vulneraciones del principio de *non bis in idem*. Estimo en definitiva que para sustantivar y restringir los tipos de la Parte Especial, especialmente aquellos basados en la noción de peligro abstracto y/o protectores de bienes jurídicos supraindividuales, es necesario interpretar los preceptos correspondientes no sólo a través de criterios literales o gramaticales, sino también teleológicos y sistemáticos. Como sostiene CORCOY BIDASOLO, “creo de especial importancia, en particular en relación con el ‘nuevo Derecho penal’, la referencia al bien jurídico-penal – interpretación teleológica – y la comparación con otros delitos que contemplan supuestos similares, así como a la normativa extra-penal – interpretación sistemática –”⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, pp. 159 y ss.

⁶⁸⁵ *Ibidem*. p. 172.

Según se ha visto, los criterios que permiten justificar la punición de la tentativa están relacionados con las condiciones dentro de las cuales ésta puede desplegar sus efectos, y también con las diferentes propuestas dogmáticas en torno a la legitimación material del Derecho Penal, lo que en última instancia depende de la noción de injusto típico de que se parta⁶⁸⁶. En este punto, dentro de la dialéctica que se suscita entre quienes entienden que la significación del hecho punible viene determinada por la afectación del bien jurídico y quienes consideran que depende de la desautorización de una norma de conducta, creo que lo más razonable desde la perspectiva de los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, singularmente en relación con los principios de lesividad y proporcionalidad, es elaborar una fórmula sintética que integre y conjugue harmónicamente ambos componentes⁶⁸⁷. Según ésta, el injusto penal se fundamentaría en el quebrantamiento de la norma de conducta que se deduce del tipo de delito correspondiente, lo que sólo podría hacerse a través de la afectación en términos negativos del bien jurídico (mediante su lesión o puesta en peligro). Este sistema ofrece la ventaja de que la pretensión de conservación de la vigencia de la norma no sólo se encamina al mantenimiento de la configuración social, sino también – o justamente por eso – a la tutela de los presupuestos esenciales de la vida en comunidad concretados en los bienes jurídico-penales.

Así pues, los paradigmas basados en la protección del bien jurídico y la protección del propio Ordenamiento no serían tan antitéticos como usualmente se presentan. En este sentido, desde una óptica material la razón del castigo del quebrantamiento de la norma, el cual dimana de la lesión del deber en ella contenida, sería la afectación del bien jurídico a través de su lesión o puesta en peligro⁶⁸⁸. Puede concluirse entonces que una

⁶⁸⁶ Estima SILVA SÁNCHEZ, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret*, nº 3, 2014, pp. 3 y ss., siguiendo a SCHÜNEMANN, que el concepto de injusto no abarca todos los presupuestos de la dañosidad social del hecho, es decir, que no es capaz de aprehender la totalidad del contenido de sentido social del comportamiento, puesto que a su juicio el hecho de actuar con conocimiento actual de la antijuridicidad podría concebirse como una intensificación de la ofensividad social. En mi opinión, siguiendo al citado autor español, el juicio de antijuridicidad pone de relieve que se ha producido una vulneración más o menos grave del orden de asignación de bienes jurídico-penales, es decir, un desbordamiento de las fronteras existentes entre las esferas de libertad jurídicamente garantizada.

⁶⁸⁷ Sobre como la CE reconoce la necesidad de que el delito suponga un ataque a un bien jurídico-penal, por un principio de coherencia interna, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, p. 152.

⁶⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 613, lo expresa del siguiente modo: “la calificación de un hecho como *infractor de normas primarias penales* requiere, en primer lugar, que éste revista carácter de *acción*, en la medida en que la prevención por normas sólo puede tener por objeto acciones, esto es, comportamientos humanos conscientes y voluntarios, y no fenómenos de la naturaleza, o hechos del hombre que no manifiesten su personalidad sino sólo su corporeidad. En segundo lugar, es preciso que el

confrontación de los diferentes “modelos de pensamiento” de la dogmática de la tentativa permite elaborar fórmulas mixtas en las cuales se combine una visión objetivo-subjetiva del injusto, así como una concepción en torno a la fundamentación del castigo en la que se tome en consideración tanto el aspecto determinativo de la norma primaria como el principio de lesividad. No debe pasar inadvertido que este debate comporta trascendentes consecuencias en orden a la determinación del comienzo de la tentativa, o en la distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea, ni que en el interior del mismo subyace el contraste entre los distintos valores alrededor de los cuales puede edificarse el sistema de Derecho Penal: mientras que el principio de utilidad reclama la mayor anticipación posible del comienzo de la tentativa punible, en línea con lo que postulan las teorías subjetivistas, el principio de seguridad jurídica impone límites más restrictivos.

Sobre estas bases, dentro del límite inferior de la tentativa punible ésta debe distinguirse de los actos preparatorios (a nivel formal), así como de la tentativa irreal y del delito putativo (a nivel material); dentro de su límite superior, debe diferenciarse del estadio en el que el delito alcanza la consumación. En relación con el límite mínimo de la tentativa a nivel material, la cuestión debe resolverse a partir de la caracterización de la tentativa inidónea, la cual, si bien no ha sido prohibida de manera expresa por el legislador, se considera implícitamente punible a través del art. 16.1 CP⁶⁸⁹. Este precepto no utiliza el término “idoneidad” para referirse a los actos propios de la tentativa, pero lo emplea implícitamente al exigir que los mismos “deberían producir el resultado”. Según ello, como se ha visto, la aptitud de la conducta ejecutada que reclama el art. 16.1 CP se refiere a la capacidad de la misma para producir un resultado de lesión del bien jurídico en términos de objetiva probabilidad, según las circunstancias del caso apreciadas *ex ante*. Esto es así porque este juicio de adecuación, si bien se emite a posteriori, sólo tiene sentido si se configura como un pronóstico sobre un hecho futuro y por lo tanto hipotético (que puede suceder o no), es decir, si se formula antes de conocer cuál va a ser el efectivo desarrollo causal del hecho. La descripción del curso

hecho reúna los caracteres específicos de un *injusto penalmente típico*, esto es, constituya una conducta que contenga un peligro penalmente relevante para un bien jurídico-penal; sólo una agresión de tal género puede legitimar la limitación de la libertad de los ciudadanos que se contiene en la prohibición abstracta del hecho”.

⁶⁸⁹ Como apunta CRUZ MÁRQUEZ, “Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura...”, p. 19, las conductas que superan el umbral de los actos preparatorios son comportamientos situados más allá de lo permitido, con independencia de su punición, al infringir, como mínimo, la norma que prohíbe la tentativa.

causal efectivamente acontecido es incompatible con la propia noción de peligro, puesto que *ex post* las conductas que no lesionan el bien jurídico-penal demuestran no tener poder de resultado, esto es, que en el caso concreto no podrían haberlo lesionado, lo que en ese momento ya puede afirmarse, no en términos de probabilidad, sino de certeza.

Los autores integrados en una perspectiva subjetivista del injusto se ven obligados a postular que, en sentido estricto, la tentativa inidónea no existe, al ubicar el juicio de desvalor sobre el hecho en el dolo del autor manifestado externamente. Ahora bien, desde una concepción objetivo-subjetiva, la distinción entre tentativa irreal y tentativa punible es posible, al igual que la diferenciación entre tentativa idónea e inidónea. Desde este segundo punto de vista, al ser lo decisivo el juicio emitido *ex ante* por un espectador objetivo sobre la peligrosidad de la conducta y partiendo del plan del autor, las conductas no adecuadas para producir el resultado son impunes⁶⁹⁰. La distinción esencial no está por consiguiente entre tentativas idóneas e inidóneas, las cuales sólo pueden diferenciarse desde un prisma *ex post*, sino entre tentativas punibles e impunes. En un lado discursivo opuesto, los partidarios de la impunidad de la tentativa inidónea defienden que la misma sólo es punible cuando puede subsumirse en un tipo de peligro abstracto. Para llegar a esta conclusión aducen que toda tentativa requiere la aparición de un peligro en el resultado, de modo que la noción de peligro se concretaría a través de una doble proyección: una, referida a la peligrosidad *ex ante* de la conducta; otra, relativa a la plasmación *ex post* de esa peligrosidad en un riesgo efectivamente acaecido.

El debate acerca del inicio de la ejecución del tipo y del fundamento de la punibilidad de la tentativa es de singular trascendencia dogmática porque de él depende, como decía, la frontera entre los ámbitos de lo penalmente irrelevante y lo punible. La decisión acerca de por qué un acto debe ser considerado formalmente ejecutivo, y además materialmente antijurídico, depende en último término de las decisiones valorativas previas que hayan sido adoptadas por el legislador en función de una determinada concepción ideológica o política. Por otro lado, si la norma jurídica se

⁶⁹⁰ Como expone DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 48, de exigirse un peligro concreto para el bien jurídico en toda tentativa punible, la probabilidad de lesionarlo ha de comprobarse a partir de todos los datos del hecho, incluyendo aquellos que no estén al alcance del espectador objetivo, por lo que desde esta perspectiva “se propone ampliar la base del juicio hasta introducir en él todos los elementos que configuran la situación para realizar un juicio de pronóstico acerca de las probabilidades de lesión del bien jurídico, prescindiendo únicamente de un dato: que se produzca o no la lesión porque ello puede deberse a un mero accidente, y todo ello con base en una similitud estructural con los delitos de peligro concreto”.

concibe como norma de determinación de conductas, la prohibición no puede considerarse vulnerada sin dolo o imprudencia. Ahora bien, en el marco de la discusión sobre las razones de la punibilidad de la tentativa, en cuyo seno se reproduce de manera casi mimética la secular polémica acerca de la fundamentación del injusto en general⁶⁹¹, se advierte una acusada disparidad en la nomenclatura empleada, de la que se desprenden graves distorsiones terminológicas.

Consecuentemente, para discernir adecuadamente los distintos puntos de vista, es necesario partir de que, con independencia de la visión sobre el injusto que se defienda, éste sólo puede estar integrado por dos componentes relativos, respectivamente, a un juicio de desvalor sobre la conducta o el resultado. A la vista de que el consenso existente alrededor de esta consideración es total, el confusionismo imperante puede situarse en la delimitación de las circunstancias fácticas del hecho, sean ontológicas o normativas, que forman parte de cada uno de estos conceptos. En concreto, se ha achacado a las teorías que conciben las normas penales como normas de determinación de comportamientos, y que por lo tanto consideran que el resultado integra una condición objetiva de punibilidad dentro del tipo, el defecto de conformar una visión subjetivo-monista del injusto, en el sentido de prestar atención únicamente al aspecto subjetivo-interno del hecho. Así, desde postulados dualistas, en los cuales el injusto se articula a partir del desvalor de la conducta y el desvalor de resultado, se esgrime que, para incorporar el aspecto objetivo-externo del hecho en la antijuridicidad, el único camino posible pasa por concebir la norma penal, no sólo como norma de determinación de conductas, sino también como norma de valoración de estados del mundo sensible⁶⁹². Esta conclusión, a mi juicio errónea, se basa en una contemplación del peligro como un elemento del desvalor de resultado⁶⁹³. Es decir, en la convicción de que todo lo subjetivo-interno del hecho forma parte del desvalor de la conducta, y todo lo objetivo-externo del desvalor de resultado, lo que incluiría la noción de peligro. Sólo en el supuesto de que ello fuera así, asistiría razón a las tesis dualistas en cuanto a que sin el desvalor de resultado el injusto se configura de modo exclusivamente subjetivo.

⁶⁹¹ Sobre las discrepancias que concita el concepto de imputación objetiva en la doctrina, ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 261 y ss.

⁶⁹² Estima que el principio de ofensividad requiere que el bien jurídico-penal sea realmente afectado, por lo que no sería suficiente con verificar la vertiente de peligrosidad de la conducta, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, p. 153.

⁶⁹³ De exigirse un resultado de peligro *ex post* para la configuración del injusto de la tentativa, se produce una identidad estructural entre el tipo de injusto del delito intentado y los delitos de peligro concreto, como subraya DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 49 y ss.

Pero esta crítica no me parece atendible porque, en mi opinión, toda norma jurídico-penal es norma de determinación de conductas al contener un imperativo en el sentido de prohibir u ordenar un determinado comportamiento. Ahora bien, lo anterior es compatible con reconocer genéricamente que a toda norma imperativa le precede lógicamente una valoración, puesto que si una conducta se prohíbe u ordena es porque previamente se ha valorado como deseable la conservación de la indemnidad del interés cuya lesión se pretende evitar con el mandato o prohibición. Pero sucede sin embargo que la valoración que precede a la norma es sólo el motivo político-criminal de su aprobación, por lo que carece de eficacia dogmática. En este sentido, una norma, para tener fuerza vinculante para la voluntad humana, debe tener asignados los caracteres de un imperativo. Las consecuencias que de ello se desprenden son que el injusto – como valoración dogmática – se fundamenta únicamente en la infracción del imperativo de conducta de la norma primaria y, por lo tanto, éste sólo se fundamenta en el desvalor de la conducta. Las circunstancias ajenas al comportamiento del sujeto son, en consecuencia, irrelevantes dentro del juicio acerca del carácter materialmente antijurídico del hecho. Con esta visión se logra un mejor apuntalamiento de la eficacia preventiva del sistema y, simultáneamente, se elimina el factor de azar procedente del efectivo desarrollo causal del hecho.

Asimismo, una concepción del injusto basada únicamente en el desvalor de la conducta, no aboca sin más a una visión exclusivamente subjetiva del mismo. Ello es así porque el peligro es un atributo de la conducta, no del resultado, tanto en su vertiente subjetiva (en función de cómo es percibido por el propio autor) como objetiva (según como es percibido por la sociedad). Es decir, el peligro cualifica la conducta, va referido a ella, en la medida que cuando existe la lesión ya no tiene sentido hablar de peligro, sino que lo peligroso es la conducta humana que puede originarla. Es pues el peligro un estado previo a la lesión, de manera que cuando el riesgo se ha concretado en ésta lo que existe es un resultado de lesión, no de peligro. Según ello, la circunstancia de que el peligro sea una característica de la conducta, unida a la de que puede valorarse objetivamente según un criterio social-estadístico que responda a la opinión del ciudadano medio, permite concluir que una fundamentación del injusto basada en el desvalor de la conducta puede también incorporar componentes objetivos del hecho (los relativos al peligro objetivo de la actuación del sujeto). Así las cosas, el juicio de peligro

se formula siempre como un pronóstico, cuya realización es por definición incierta, pero no por emitirse con arreglo a parámetros probabilísticos, y por lo tanto no seguros, deja de ser objetivo. El juicio de peligro, como cualquier otro pronóstico, responde a la opinión de quien lo emite, y en esta medida es subjetivo. Ello no obstante, si su emisor es un ficticio espectador imparcial, puede decirse que responde a la apreciación que de él realiza la media inter-subjetiva de los miembros de la comunidad y, en esta acepción, es objetivo. Este significado objetivo del peligro como elemento del desvalor de la conducta, permite aclarar uno de los principales equívocos de las tesis dualistas, según el cual sólo a través de la incorporación del desvalor de resultado en el injusto éste está en condiciones de abarcar circunstancias objetivo-externas del hecho.

Con esto se llega a la concepción del injusto penal que aquí se defiende, como juicio de desaprobación basado en el desvalor objetivo-subjetivo de la conducta⁶⁹⁴. Ello no equivale a defender, ni siquiera *de lege ferenda*, que el resultado no desempeña ninguna función dentro del tipo, puesto que puede formar parte del mismo como condición objetiva de punibilidad. Según esto, la exclusividad del desvalor de la conducta en la fundamentación del injusto no implicaría una relación de identidad en el ámbito de los delitos dolosos entre el tipo del delito consumado y el tipo de la tentativa, los cuáles pueden seguir diferenciándose desde la perspectiva de sus respectivas estructuras. Así, cuando la conducta adecuada para menoscabar el bien jurídico, desemboque además en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico el hecho puede estar más necesitado de pena por razones preventivo-generales. Así las cosas, la consumación agrega datos relevantes al juicio en torno a la tipicidad del hecho, aunque éstos no incidan en el grado de merecimiento de pena del mismo.

El elemento explicativo del sentido de las prohibiciones y mandatos normativos puede hallarse en la kantiana noción de *autonomía individual*; según ella, el fin último de la actividad estatal sería el mantenimiento de la máxima libertad de actuación posible, es decir, por la protección de la autonomía individual o, mejor dicho, por la compatibilización de todas las esferas de autonomía individual, lo que obligaría a limitar el concepto material de delito a conductas lesivas interpersonales que implican una pérdida de autonomía individual (efectiva o potencial). También las conductas contra estructuras colectivas, entendidas como construcciones independientes que exceden de la suma de individuos particulares, podrían afectar a este valor esencial del Ordenamiento jurídico, al no conducir necesariamente este

⁶⁹⁴ Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, pp. 156 y ss.

planteamiento a exigir la posibilidad de individualización de la víctima, en tanto que nada se opone a conformarse con que la proximidad entre ésta y el autor sea potencial, como sucede con los delitos de peligro abstracto. Es por ende posible legitimar la prohibición penal de una conducta aunque en el momento de realizarla el autor carezca de la posibilidad de individualizar concretamente a una víctima particular. En consecuencia, una conducta constituye materialmente un delito si implica – o puede implicar – una reducción de la capacidad de acción jurídicamente reconocida de otra persona.

Sentado lo anterior, como observa ROBLES PLANAS, con la infracción de una norma de conducta se constata la presencia de un daño, que es precisamente aquello que justificaría la sanción penal y que debe ser compensado. Y, en una clasificación que me parece correcta, estima el autor que esa lesividad ha sido tradicionalmente entendida en dos direcciones. En sentido fáctico, en base a la realización de una conducta que produce, o tiende a producir, un daño, o sea, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la norma trataba de evitar. Y en sentido ideal-normativo, como daño psicológico-social o intelectual derivado de los efectos sociales de la comisión del delito, vinculado sobre todo a la producción de inseguridad; y como daño simbólico o normativo, es decir, por la autocontradicción normativa que el delito supone para el ciudadano que lo comete. ROBLES PLANAS admite en su discurso ambas dimensiones del delito, y por lo tanto intenta no soslayar ninguna de ellas, para lo que explora una fórmula de síntesis en la que el concepto material de delito dependa tanto del aspecto ideal-normativo de la pena (esto es, de su función expresiva, simbólica o comunicativa) como de su componente fáctico (en su proyección de mecanismo productor de sufrimiento o dolor penal). Dentro de este intento de legitimación de la intervención penal desde la doble perspectiva fáctica y normativa de la pena, considera el autor que la estructura de la teoría de las causas de justificación puede ser un instrumento de primer orden para perfilar un concepto material de delito intangible para el legislador o, más concretamente, para delimitar qué hechos pueden ser objeto de una prohibición penal: “creo que son perfectamente trasladables los principios rectores fundamentales que subyacen a todas las causas de justificación: el principio de responsabilidad y el de solidaridad. Como es sabido, la combinación de estos dos principios ha dado como resultado el aislamiento de tres grandes situaciones posibles: la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo”⁶⁹⁵. Aspira pues el autor desarrollar sistemáticamente los límites del Derecho Penal a partir de los principios generales rectores en materia de causas de justificación, de modo que éstos sean un instrumento axiológico esencial en la conformación del marco de lo penalmente prohibible y sancionable.

Sin poder realizar aquí un análisis con la profundidad que merece la propuesta de este autor, estimo que ciertamente la prohibición penal no es legítima cuando la libertad prohibida sea de mayor peso que la libertad ganada, en términos de posibilidades de uso de los derechos en

⁶⁹⁵ ROBLES PLANAS, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal...”, p. 28.

cuestión; y que ello remite claramente a la estructura axiológica de las causas de justificación, singularmente al estado de necesidad. En efecto, la prohibición penal sólo parece legítima cuando la restricción de la libertad operada con ella es de escasa importancia en relación a lo elevado de la pérdida para la garantía de libertad de organización individual. Más discutible me parece su fundamentación del pensamiento de la acumulación a la hora de conformar aquellos peligros que justificarían una intervención normativa restrictiva de la libertad sobre conductas que sólo de forma acumulada, esto es, en unión con otras conductas, pueden representar un peligro para un bien jurídico-penal de carácter supraindividual. Según él, el injusto de los delitos acumulativos podría legitimarse a través de la vulneración de una suerte de solidaridad con el bien por su importancia institucional (es decir, para el conjunto del sistema social)⁶⁹⁶. En mi opinión, como he sostenido en el capítulo anterior, resulta más prometedora la justificación de estas tipologías delictivas por la vía de identificar en ellas un peligro para el interés tutelado, concretamente mediante la reducción proporcional de la magnitud del daño a la entidad de la conducta.

En cuanto a la dimensión ideal-normativa del daño, me permito aquí dudar de su autonomía lógico-conceptual, pues creo que muchas de las tesis que pretenden prescindir de la noción de bien jurídico en el fondo acaban remitiendo a ella. La garantía de la libertad de organización individual o la seguridad de que esa libertad será respetada, si no son bienes jurídicos (lo que dudo), remiten a los bienes jurídicos, en la medida que con ello en el fondo lo que se tutela es la libertad de organizar bienes jurídicos o la seguridad en la legítima libre disposición de bienes jurídicos. Desde un punto de vista fáctico, sin duda la pena es un mal específicamente cualificado, por lo que constituye una injerencia especialmente grave desde el punto de vista de los derechos. Su imposición estaría justificada porque constituye un bien desde un punto de vista normativo. Creo sin embargo que el concepto de pena no puede confundirse con su fin y, en consecuencia, estimo que la irrogación de ese mal cualificado, con su innegable componente de reproche ético-social, pese a aspirar a reestablecer la perturbación normativa que el delito supone, no puede justificarse en la necesidad de demostrar la validez del Ordenamiento jurídico frente al peligro de consecuencias psico-sociales indeseables desencadenadas por la infracción. En efecto, en un Estado de libertades, es decir, en un Estado orientado a la producción y mantenimiento de las estructuras esenciales de la libertad, no creo que penalmente puedan sancionarse sin más las infracciones de normas cuyo único fundamento se halle en la exigencia de lealtad hacia las instituciones. Lejos de ello, estimo que la infracción penal ha de poder verse como un acto de libertad cuyo sentido sea dañar las posibilidades de participación social individual, lo que no siempre presupone una vinculación, por débil que sea, con el aparato institucional del sistema social, es decir, con las condiciones de funcionamiento nucleares del Estado en sí mismo considerado. Aislar este parámetro de racionalidad axiológica de todo concepto material de delito se me antoja de capital importancia. Con ello no se pretende otra cosa que ofrecer un motivo para castigar cuando, partiendo del principio del

⁶⁹⁶ *Ibidem*. p. 33.

daño, se realice una conducta que lesione o ponga en peligro a otras personas, con dolo o imprudencia, con estricta observancia de los límites de una correcta imputación dentro de los márgenes de libertad garantizados constitucionalmente.

Como se ha dicho, una de las principales críticas frente a determinadas interpretaciones de los delitos de peligro es aquella que se sustenta en la vulneración del principio de culpabilidad que su admisión comportaría. Se contrargumenta sin embargo que un Derecho penal ideal de la culpabilidad se encuentra hipotecado por enormes problemas de prueba, lo que perjudicaría la validez de la sanción, lo que lleva a poner en tela de juicio la admisibilidad de aquel desde el punto de vista de la racionalidad instrumental. A estos argumentos en contra de una imposición radical del principio de culpabilidad se agregan otros vinculados a la racionalidad valorativa, en tanto que los análisis acerca de la sociedad del riesgo y de la criminalidad empresarial habrían puesto de manifiesto la prevalencia de procesos sistémicos a duras penas controlables (y comprensibles) por el individuo. A mi juicio, este tipo de consideraciones no pueden prosperar al obviar o distorsionar una serie de puntos sobre los que de un modo particularmente enfático conviene llamar la atención. En primer lugar, los criterios de racionalidad valorativa deben prevalecer sobre los vinculados a la racionalidad instrumental cuando se suscite un conflicto entre ellos, es decir, cuando en un caso concreto sean incompatibles entre sí, habida cuenta de que jamás aquello necesario puede aparecer como injusto (si bien desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, en aras a la prevención de delitos podría ser necesario facilitar al máximo los mecanismos de prueba, y por lo tanto reducir a la mínima expresión las exigencias del tipo, ello no sería justo desde el punto de vista de la racionalidad valorativa, al ser incompatible con los límites del concepto material de delito que ésta impone, y desde esta perspectiva se trataría de una técnica legislativa totalmente ilegítima). Y, en segundo lugar, no creo que las reflexiones criminológicas y político-criminales acerca de la sociedad del riesgo, señaladamente en lo referente a la “dispersión” o “centrifugación” de la responsabilidad penal, permitan cuestionar el principio de culpabilidad desde el prisma de la racionalidad valorativa, ya que con ellas tan sólo se evidencian los elementos limitadores de la eficacia del Derecho Penal en relación con los fines preventivos que le son propios. La existencia de procesos sistémicos a penas comprensibles desde la perspectiva de la suma de contribuciones individuales, o en los que directamente las contribuciones individuales no pueden ser causal y normativamente aisladas, no autoriza a adoptar “cualquier” Derecho Penal para prevenir y castigar estas secuencias fácticas generadoras de consecuencias lesivas. Si, como consecuencia de la complejidad de la estructura fáctica y normativa de estos procesos dañinos, el Derecho Penal no puede reaccionar eficazmente frente a ellos con el concepto material de delito que los criterios de racionalidad material imponen, lo sensato parece ser adoptar una actitud realista, en el sentido de ser conscientes de la limitada capacidad de rendimiento del instrumental penal – tanto desde la perspectiva de la prevención como de la represión – cuando éste se caracteriza de acuerdo con los principios y garantías de un Estado social y democrático de Derecho. En estos casos, lo razonable sería en definitiva renunciar a la respuesta penal, no ampliar la

capacidad de actuación del Derecho Penal más allá de los límites que un concepto material de delito impone. En otros términos, que frente a un determinado proceso sistémico de carácter lesivo la responsabilidad penal no pueda ser individualizada, no habilita para cambiar los criterios de racionalidad valorativa que informan el concepto material de delito en un Estado social y democrático de Derecho, sino que más bien demuestra que el Derecho Penal no es útil para reaccionar ante cualquier proceso lesivo, aunque en la producción del mismo hayan intervenido personas cuya actuación pueda ser calificada de dolosa o imprudente.

A pesar de que las diferencias entre la tentativa y la consumación no se diluyan, y aunque la segunda esté más necesitada de pena que la primera, lo cierto es que la concepción expuesta permite concebir el delito intentado como el “prototipo de injusto penalmente relevante”. Hasta dónde alcanzo, las tesis dualistas se han esforzado en criticar esta visión de la tentativa como tipo general de injusto sobre la premisa de que la misma se fundamenta en una concepción subjetivo-monista del ilícito, pero no han prestado la misma atención a los razonamientos mixtos, basados en el desvalor objetivo-subjetivo de la conducta, los cuales conducen a la misma conclusión⁶⁹⁷. Por otro lado, en la concepción defendida puede sostenerse sin mayores dificultades la mayor punición de la consumación frente a la tentativa porque ambos tipos difieren, no en cuanto al merecimiento, pero sí en relación con las necesidades de pena, las cuales en la tentativa siempre serán inferiores por razones preventivo-generales, lo que por otro lado explicaría que en ella la atenuación de la pena sea obligatoria y no facultativa.

Lo que en última instancia se propone con esta visión es un “recorte” de la teoría de la imputación objetiva, de modo que ésta quede en general limitada al primero de los filtros que prevé en orden a la determinación de la relevancia penal de la conducta, esto es, a la comprobación de la realización de una conducta peligrosa para el bien jurídico. De esta manera, el segundo de los filtros que dicha teoría comprende, relativo a la concreción del riesgo de la conducta en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, quedaría reservado para los delitos de resultado consumados, dolosos o imprudentes. Conforme a ello, la teoría de la imputación objetiva se reconduciría en general a la imputación de riesgos, y sólo en los delitos de resultado consumados además a la imputación de una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico. Así pues, en el ámbito de los delitos dolosos, la tentativa inidónea emergería como el modelo general de injusto, al ser su estructura compartida por todos ellos, de

⁶⁹⁷ Vid. DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 16 y ss.

modo que la siguiente operación lógica consistiría en justificar la mayor punición de la consumación en los delitos de resultado frente a la tentativa (lo que aquí se ha hecho apelando a las mayores necesidades de pena que derivan de la producción de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado). Es decir, en cierta medida el tipo de los delitos de resultado consumados podría verse como una excepcional forma delictiva, al integrar elementos ausentes en los demás delitos.

De expresar la tentativa inidónea el segmento de la teoría de la imputación objetiva común a todos los tipos, su estructura puede exportarse también a los delitos de peligro abstracto. Obviamente, si se dice que la estructura de la tentativa inidónea se encuentra presente en todos los delitos, los cuales pueden incorporar elementos adicionales, como sucede con los delitos de resultado (dolosos o imprudentes), los requisitos de esta figura forman parte también de los presupuestos del tipo imprudente y, en esta medida, este último puede compararse con el tipo de los delitos de peligro abstracto. Es por ello que en apartados precedentes se ha sostenido que la comparación entre la tipicidad de los delitos de peligro abstracto y la de la imprudencia no resulta incorrecta⁶⁹⁸. Pero los elementos que estas dos clases de tipos comparten son en realidad los específicos de la tentativa inidónea, de modo que sería preferible comparar los delitos de peligro abstracto con ésta. Otro de los motivos que aconsejan decantarse por asimilar los delitos de peligro abstracto a la tentativa inidónea frente a la imprudencia, es que en ésta última el tipo exige otros elementos relativos a la producción de un resultado (de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico), unido a la circunstancia de que una imprudencia sin resultado *ex post*, es decir, una tentativa de un delito imprudente es incompatible con el Derecho positivo. Asimismo, quienes comparan los delitos de peligro abstracto con la imprudencia parecen obviar el tipo subjetivo de ésta última, toda vez que en la culpa inconsciente lo determinante es justamente la negligente falta de detección del peligro de la conducta. Y, por otro lado, tan sólo están en condiciones de relacionar el comportamiento de los delitos de peligro abstracto con el bien jurídico-penal individual, por lo que no pueden captar el contenido de lesividad del hecho para el interés supraindividual afectado. A la vista de esta situación, entiendo que la

⁶⁹⁸ En atención a que el riesgo permitido es un elemento del injusto, aplicable tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes por su absoluta independencia del aspecto subjetivo de la conducta, con la finalidad de unificar la terminología sería preferible abandonar la antigua denominación de “deber objetivo de cuidado” tradicionalmente empujada dentro del delito imprudente, para sustituirla por la genérica expresión de “riesgo permitido”, la cual como elemento de la imputación objetiva es predicable de ambas modalidades delictivas. Sobre ello, REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva...*, pp. 97 y ss.

equiparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea es la que mejor expresa su contenido material de injusto, y por lo tanto es la que con mayor precisión clarifica las dudas existentes en la materia, en atención a que en ella se hace innecesario recurrir a complejos ejercicios de abstracción, como imaginar una imprudencia sin resultado, opción que por otro lado ni siquiera es admitida por algunos autores a nivel hipotético o meramente teórico.

En síntesis, el injusto penal queda constituido o se agota en el desvalor de la conducta, pero no en el desvalor del aspecto subjetivo-interno del hecho. Las tesis dualistas, al integrar también este aspecto subjetivo-interno en el injusto, alegan que los resultados que se imputan no son azarosos al ser el hecho finalmente conducido por una conducta humana voluntaria (dolosa o imprudente), a partir de lo que justifican la incidencia del desvalor de resultado en la gravedad del ilícito⁶⁹⁹. Me parece obligado disentir enérgicamente de tal afirmación, puesto que la misma presupone que el sujeto puede dominar completamente el desarrollo causal del hecho, lo cual en ningún caso es así, ni siquiera en aquellos en los que se acaba produciendo el resultado pretendido.

Ciertamente, en el desarrollo causal del hecho siempre influyen circunstancias no controlables por el sujeto, incluso en aquellos supuestos en los que la causación del resultado, a parte de ser dolosamente buscada por el autor, quien orienta conscientemente la conducta a su consecución, aparece objetiva y razonablemente como una consecuencia casi segura del acto. Incluso en los delitos más meticulosamente preparados, en relación con los cuales se empleen los medios más idóneos para perpetrarlos (piénsese en alguien que estudia durante meses la rutina de la víctima para esperarla en un momento en el que suele estar sola en un lugar aislado para matarla de un disparo a escasos metros de distancia con una sofisticada pistola adquirida expresamente para la ocasión), el resultado puede no producirse por haber fallado algo en el último momento, sin que ello fuera previsible (por ejemplo, que la bala se encasquille pese a ser la pistola nueva). Por lo tanto, no es correcto afirmar que el resultado puede incidir en el injusto porque, al ser fruto de una conducta externa y final, en su producción no interviene el azar, es decir, circunstancias no dominables por el sujeto. En efecto, el resultado puede sobrevenir ante conductas muy poco adecuadas

⁶⁹⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto...*, pp. 266 y ss.

para producirlo (el tirador inexperto que dispara contra la víctima con la voluntad de matarla a mucha distancia, sin a penas apuntar y con un revolver antiguo, y casualmente logra dar en el blanco), mientras que puede no ocasionarse ante conductas que casi con total seguridad deberían haberlo producido (cuando se dispara a bocajarro pero la bala se encasquilla por un defecto de fabricación imperceptible incluso para un experto en armamento). Así las cosas, por los motivos reiteradamente expuestos, creo que una conducta es igual de reprochable con independencia de que el resultado se produzca o no (por ejemplo, con independencia de que se alcance a disparar en el corazón de la víctima y producirle consecuentemente la muerte).

En resumen, la circunstancia de que el hecho sea conducido finalmente por el sujeto no elimina el componente de azar, y por lo tanto imprevisible, de todo curso causal. De hecho la propia física demuestra que la circunstancia de que un hecho se desarrolle regularmente de una determinada manera no prueba, por sí misma, que con absoluta seguridad en el futuro seguirá desarrollándose así en todos los casos, por más previsible o esperable que ello sea. Es por este motivo que las ciencias empíricas recurren actualmente a los conceptos de probabilidad o previsibilidad, y no a los de seguridad o certeza, al ser justamente las variaciones en las leyes de frecuencia, y por lo tanto en los cursos causales que se dan ordinariamente, lo que posibilita la evolución del universo.

Otra de las consecuencias de configurar la tentativa (inidónea) como el modelo general de injusto objetivo es la admisibilidad, en un plano dogmático y político-criminal, de los delitos de peligro abstracto, al ser ambas figuras sustancialmente idénticas desde la perspectiva del tipo objetivo⁷⁰⁰. Ahora bien, si la evitación del quebrantamiento de la norma de conducta contenida en la norma primaria se quiere enfocar instrumentalmente a la protección de bienes jurídicos, de modo que para la tipicidad de la conducta no baste con la simple infracción formal de un imperativo, es necesario que la naturaleza de los delitos de peligro abstracto responda realmente a la que es específica de esta clase de delitos, es decir, que sean efectivamente delitos de peligro abstracto (para un bien jurídico individual) y no sólo delitos de lesión (de un bien jurídico supraindividual). De consumarse con la simple lesión del bien jurídico supraindividual, estas modalidades delictivas se fundamentarían en la simple infracción de normas que disciplinan un

⁷⁰⁰ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 57.

determinado ámbito de organización social y, por tanto, su injusto carecería de la mínima materialidad exigible al no poder relacionarse con la tutela de condiciones esenciales de las posibilidades de desarrollo social individual, esto es, con la usurpación a través de la conducta delictiva de ámbitos de libertad ajenos, que es lo que en última instancia justifica la intervención penal⁷⁰¹. Por ende, la admisión en un plano teórico de los delitos de peligro abstracto no lleva a validar, en términos dogmáticos ni político-criminales, todos los tipos penales de la Parte Especial que “aparentemente” responden a esta naturaleza según el modo en que convencionalmente son concebidos.

Así pues, tras afirmar la validez general del peligro abstracto como técnica de incriminación de conductas por las similitudes que presenta con la tentativa inidónea, la labor inmediatamente posterior ha de consistir en corroborar si cada uno de los tipos particulares a los que usualmente se asigna esta naturaleza efectivamente dispone de la misma o, si por el contrario, se trata en realidad de un delito de lesión de un bien jurídico supraindividual. Sólo cuando lo abstractamente puesto en peligro por la descripción típica sea un interés individual puede afirmarse la corrección dogmática (en el sentido de ser compatible con la Teoría del Delito), así como la legitimidad político-criminal, del delito en cuestión⁷⁰². En los demás casos, es decir cuando el delito analizado carezca de un referente individual, dado que en puridad no se estará ante un delito de peligro abstracto (para un bien jurídico individual) sino tan sólo ante un delito de lesión (de un bien jurídico supraindividual), lo procedente es denunciar la ilegitimidad político-criminal del tipo penal en cuestión, así como la imposibilidad de interpretarlo conforme a la Teoría del Delito, al tratarse de una simple infracción de desobediencia carente del soporte material necesario.

Si la incriminación de un delito de peligro abstracto se fundamenta (en parte) en la creación de un peligro para un bien jurídico individual, cabría preguntarse por qué estas conductas no se castigan como tentativas de un delito de lesión. En mi opinión la respuesta a esta pregunta estriba, por un lado, en que en los delitos de peligro abstracto la conducta es además adecuada para lesionar un bien jurídico supraindividual, lo que

⁷⁰¹ Explica que en una visión formal del injusto el criterio del bien jurídico como concepto delimitador de la intervención penal pierde toda relevancia, al sustituirse por la función preventivo-general positiva de la “estabilización de la norma”, DEMETRIO CRESPO, “Crítica al funcionalismo normativista...”, pp. 20 y ss.

⁷⁰² Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, p. 162.

sin duda determina un incremento del grado de lesividad del hecho; y, por otro lado, en que en estas formas delictivas el dolo del autor no abarca la lesión del bien jurídico individual, lo que impide configurar el hecho como una tentativa de un delito de lesión.

Al margen de esto, ni la admisión con carácter general de los delitos de peligro abstracto, ni las enormes concomitancias de los mismos con el tipo de la tentativa, el cual se ha dicho que expresa completamente los componentes del injusto, lleva necesariamente a considerar que el recurso a esta particular técnica de incriminación carece de límites político-criminales, ni por supuesto tampoco a postular que puede recurrirse a ella con carácter preferente o prioritario dentro de la labor de protección de bienes jurídicos desempeñada por el Derecho Penal. Es decir, que los delitos de peligro abstracto respondan al modelo general de injusto penal, no significa que sea político-criminalmente deseable elevarlos a la categoría de modelo general de tipificación de conductas, pues en caso contrario el sistema estaría potencialmente expuesto a castigar conductas no suficientemente necesitadas de pena desde la óptica de la prevención general. Para llegar a esta conclusión puede ser útil la comparación de los mismos con el tipo imprudente (lo que no deja de ser dogmáticamente viable a pesar de que se prefiera compararlos con la tentativa inidónea). Si desde una óptica político-criminal se afirma que no sería conveniente la incriminación general de imprudencias sin resultado (es decir, de tentativas de un delito imprudente), por la grave inseguridad jurídica que ello generaría por cuanto obstaculizaría sobremanera los contactos sociales, es posible sostener que las mismas consecuencias negativas acarrearía un recurso ilimitado a los delitos de peligro abstracto, con la consiguiente vulneración de los principios de mínima intervención, *ultima ratio*, subsidiariedad, fragmentariedad, etc.

En definitiva, no creo acertado seguir anclando el Derecho Penal en un paradigma causalista en virtud del cual el delito consumado sea el prototipo de injusto penal, y la tentativa un excepcional adelanto de las barreras de punibilidad⁷⁰³. Según ello, estimo

⁷⁰³ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 27. Entiende el autor que no puede identificarse en modo alguno el injusto penal del delito consumado con el de la tentativa: “esta conclusión se obtiene naturalmente mediante la introducción de una *consideración valorativa en el razonamiento puramente estructural del imperativismo y pertenece a una sistemática teleológica de raíz constitucional explicable a través del principio de proporcionalidad*. Pero, al mismo tiempo, es claro que esta consideración valorativa tiene lugar en aras a una intervención más garantista y restringida basada en la *idea de la intervención mínima*. Dicho de otro modo, no cualquier conducta dolosa o imprudente dirigida a vulnerar un bien jurídico puede ser objeto de la prohibición: sólo aquella que demuestra poseer suficiente capacidad lesiva”. Comparto con el autor que sólo la conducta dolosa o imprudente con suficiente

que la tentativa expresa el mismo grado de desvalor que el delito consumado, no sólo por vulnerarse en ambos casos la misma norma de conducta ni por tener ésta la misma gravedad (como se afirmaría bajo un paradigma del Derecho Penal basado únicamente en el quebrantamiento de la vigencia de la norma), sino también por razones objetivas relativas a la afectación del bien jurídico, en tanto que la producción o no de un resultado de lesión de este último no predetermina la decisión acerca del nivel de peligrosidad de la conducta. Ahora bien, esta fundamentación del injusto penal basada en el desvalor objetivo-subjetivo de la conducta no impide reconocer que en ausencia de un resultado *ex post* las necesidades de castigo penal son menores, ni lleva por tanto a defender que la atenuación actualmente obligatoria de la pena del delito intentado respecto del consumado sea inexistente o sólo facultativa.

Sentado todo lo anterior, queda claro que el injusto penal puede disponer de componentes objetivos, y por tanto de referencias al bien jurídico, sin recurrir a una concepción mixta sobre el contenido valorativo e imperativo de la norma penal, el cual derive en una inclusión de las consecuencias *ex post* de la actuación delictiva en el juicio acerca del grado de merecimiento de pena del hecho. Las razones de que el resultado sea ajeno al injusto pueden reducirse sintéticamente a dos: a razones estructurales, vinculadas al mecanismo de intervención de la norma primaria a través de la prevención de conductas adecuadas para lesionar el bien jurídico, no que efectivamente lo lesionen; y a razones materiales, al no incrementar la producción del resultado la peligrosidad de la conducta⁷⁰⁴. Según ello, la evitación de la lesión o concreta puesta en peligro de uno de los objetos materiales del delito es el motivo o fin último de la prohibición, pero no el objeto de la prohibición. La norma de determinación no admite por tanto una “vulneración gradual” en función del efectivo desarrollo causal del hecho, por más que el sujeto demuestre tener un amplio dominio de las diferentes fases en que se desenvuelve la conducta, ya que en todas ellas intervienen siempre factores no controlables por él.

capacidad lesiva puede ser delictiva, si bien dicha capacidad debe determinarse con arreglo a parámetros probabilísticos, por lo que el efectivo desarrollo causal del hecho no incide en cantidad de injusto del mismo. Por otro lado, entiendo que si el resultado se mantiene en el tipo como condición objetiva de punibilidad, los principios de proporcionalidad e intervención mínima siguen desplegando toda su eficacia, puesto que el ámbito de conductas punibles es exactamente el mismo que en una visión dualista que incorpore el desvalor de resultado en el juicio de desaprobación sobre el hecho.

⁷⁰⁴ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 22: “entendemos que *no hay injusto penal sin desvalor de acción*, lo cual no puede hacer olvidar que *el desvalor de resultado también configura el injusto penal*”.

En apartados precedentes se ha apuntado que los defensores del carácter excepcional de la tentativa entienden que éste puede confirmarse a la vista de que no existe una tentativa en cuanto tal, sino una tentativa de consumir algo (una tentativa de homicidio, una tentativa de robo, etc.)⁷⁰⁵. Ahora bien, este argumento poco añade a lo dicho puesto que conceptualmente tampoco puede existir consumación sin tentativa, ya que si algo se “acaba” es porque previamente se ha “iniciado” (no es posible aprobar un examen sin empezar a realizarlo, ni arreglar la avería de un coche sin empezar a repararlo, etc.). Por lo tanto, la tentativa no está subordinada a la consumación, sino que ambos conceptos se presuponen mutuamente entre sí, de modo que la relación entre los dos es de dependencia recíproca. Incluso podría decirse que la tentativa precede lógicamente a la consumación, y no al revés, en tanto que algo puede empezarse sin acabarse, pero no puede acabarse sin empezarse.

Cuanto se ha dicho conduce también a rechazar las tesis según las cuales el injusto queda constituido por el desvalor de la conducta, pero aumenta su gravedad cuando además aparece un desvalor de resultado. Desde esta perspectiva el desvalor de la conducta no sólo sería un elemento necesario sino además suficiente para la constitución del injusto, mientras que el desvalor de resultado, que no siempre tendría lugar, no tendría carácter constitutivo, sino sólo “contributivo” o “aumentante” al elevar el contenido de injusto del hecho. En base a ello se justificaría el castigo más leve de la tentativa frente a la consumación, así como la distinción entre tentativa idónea e inidónea. Sin embargo, según las premisas expuestas, tal visión tampoco puede ser admitida puesto que lo más coherente con ellas es desplazar el resultado del injusto para ubicarlo entre las condiciones objetivas de punibilidad, en la medida que sólo así la valoración del hecho puede sustentarse con carácter exclusivo en una contemplación *ex ante* del mismo (con arreglo a criterios objetivo-subjetivos).

Todo lo expuesto certifica que el fundamento de la punición de la tentativa no puede desvincularse del problema del comienzo de la misma. No se trata entonces de problemas independientes, habida cuenta de que la fundamentación de la punición de la tentativa está condicionada a que ésta conforme un injusto penal, y éste sólo puede conformarse cuando se ha iniciado la ejecución del delito correspondiente. Esto impide

⁷⁰⁵ En base a ello afirman que “el prototipo de lo injusto penal, delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho Penal, es el delito consumado”. *Ibidem.* p. 29.

renunciar al análisis acerca del momento de inicio de la tentativa desde parámetros de la Parte General, y remitirlo en consecuencia al terreno de la Parte Especial. Según se ha visto, también en relación con esta materia son necesarios criterios generales a partir de los que abordar, en un momento posterior, el estudio de la descripción típica de cada tipo de delito en particular. Así pues, los supuestos concretos que se desarrollarán más adelante serán resueltos fundamentalmente a partir de los modelos de solución expuestos en cuanto al inicio de la ejecución del tipo, así como acerca de la fundamentación del injusto de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto.

III. La tentativa como pauta interpretativa de los delitos de peligro abstracto

Para establecer la estructura formal y material de los delitos de peligro abstracto resulta esencial partir de la consideración, ya expuesta, de que en una teoría general de la imputación objetiva bastaría con la comprobación de la existencia de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Éste integraría por sí mismo el quebrantamiento de la norma, lo que facultaría para afirmar que en la tentativa inidónea la gravedad de la infracción del imperativo de conducta es la misma que en la consumación. De acuerdo con este esquema, la diferencia entre la tentativa y la consumación viene tan sólo determinada por la existencia, en la segunda, de un resultado *ex post* de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico (que en el caso de los delitos de resultado, de lesión o peligro concreto, se traduce además en una modificación del mundo sensible), como único factor adicional que permite intensificar la necesidad de pena del hecho⁷⁰⁶. Ahora bien, esta observación sólo es válida para la consumación de los delitos de lesión y de peligro concreto, al residenciarse la singularidad de los delitos de peligro abstracto en que la perfección delictiva se produce con independencia de los efectos *ex post* del acto, tanto a nivel normativo (en el sentido de lesionar o poner en peligro concreto el bien jurídico) como a nivel naturalístico (es decir, desde la perspectiva de la modificación del mundo físico-naturalístico separable espacio-temporalmente de la conducta que ésta origina). En los delitos de peligro abstracto, al prescindirse de las consecuencias *ex post* de la actuación, se exime de constatar a nivel fáctico una relación causal entre éstas y la conducta, así como de corroborar a nivel normativo una relación

⁷⁰⁶ La lesión objetiva constatable empíricamente *ex post* genera, en efecto, desde una perspectiva político-criminal, sensaciones de perturbación, inseguridad e indignación, como apunta CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 165 y ss.

de imputación objetiva entre tales circunstancias. Sin embargo, en los delitos de lesión y de peligro concreto los aspectos *ex post* del hecho se integran en el tipo como condiciones objetivas de punibilidad, de conformidad con el modelo general de injusto penal que se ha defendido en su fundamentación sobre el desvalor objetivo-subjetivo de la conducta.

Lo anterior permite contemplar la tentativa inidónea como prototipo de injusto penal, por cuanto en ella se manifestarían completamente los únicos elementos fácticos susceptibles de ser objetivamente desvalorados a través del ilícito. La punibilidad de la tentativa inidónea es, en consecuencia, el factor explicativo de la compatibilidad general de los delitos de peligro abstracto con el sistema dogmático, puesto que en ambas figuras delictivas el castigo se fundamenta desde un prisma objetivo en la adecuación de la conducta para producir un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico. En concreto, en el caso de la tentativa inidónea, se pone en peligro el bien jurídico individual protegido por el tipo consumado con el que se relaciona; mientras que, en los delitos de peligro abstracto, existe una relación de riesgo con el bien jurídico individual en ellos protegido de forma directa o indirecta, mediata o inmediata.

A partir de esta configuración de la tentativa, en apartados precedentes se ha defendido que la misma constituye un tipo de delito distinto del consumado. Una de las razones de la independencia del tipo de la tentativa respecto del de la consumación reside en la circunstancia de que el legislador puede convertir en delitos consumados de peligro conductas punibles como tentativa. De esta manera la objetiva aptitud de la conducta para producir el evento que se trata de evitar adquiere la categoría de tipo consumado, lo que refuerza los puntos de contacto entre la tentativa y los delitos de peligro. No es por lo tanto la tentativa un estadio defectuoso del tipo consumado, por más que su descripción típica se forme por referencia a éste, al resultar de la integración de varios preceptos legales, sino que ocupa una posición absolutamente central en el sistema, al expresar todos los motivos que en general fundamentan el castigo penal desde una óptica objetiva. Esto permite articular los demás tipos de delito alrededor del sustrato axiológico que proporciona la imputación objetiva en la tentativa, de modo que sobre esta base sólo deba adicionarse a cada uno de ellos sus correspondientes elementos diferenciadores (p.ej., en los delitos de lesión o peligro concreto, a la estructura del tipo objetivo de la tentativa hay que añadirle la lesión o concreta puesta en peligro del bien

jurídico). Esta centralidad de la tentativa, dentro del conjunto sistemático, es la que justifica el intento aquí emprendido de materializar deductivamente el injusto de los delitos de peligro abstracto. Esta línea de trabajo está, sin duda, en condiciones de suministrar una fecunda a la par que fiable pauta restrictiva de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto, al expresar el concepto legal de tentativa previsto en el art. 16 CP el contenido de desvalor que, como mínimo, debe encerrar el hecho para demandar un castigo penal, lo que se concreta en una prohibición general de reaccionar penalmente ante conductas no generadoras de un riesgo no permitido para el bien jurídico.

Lo dicho conduce a formular una propuesta de relativización de la importancia de la distinción entre tentativa idónea e inidónea, así como entre peligro abstracto y concreto, a la vista de que la circunstancia en la que se fundamenta tal diferenciación – la entrada de uno de los posibles objetos materiales del delito en el radio de eficacia causal de la conducta – no incide en el contenido de injusto del hecho, al formar parte del desvalor de resultado, de modo que sólo puede repercutir en la necesidad de pena. En esta línea, si la decisión acerca del grado de merecimiento de pena del hecho debe tomarse en atención a las circunstancias del hecho advertibles en el momento de actuar, lo que ocurra con posterioridad a su realización no predetermina el juicio en torno a la peligrosidad de la conducta, de modo que un delito de peligro concreto no tiene por qué ser más grave que un delito de peligro abstracto. De la misma manera que la tentativa idónea no tiene por qué revelar un mayor contenido de injusto que la tentativa inidónea. Según ello, lo único que podría justificar el mayor marco penal asignado a los delitos de peligro concreto en relación con los delitos de peligro abstracto sería que en los primeros concurre un resultado desvalorado que incrementa la necesidad de pena por razones preventivo-generales, por requerir en este caso el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma una respuesta penal más enérgica.

Ahora bien, nada de lo dicho tiene ninguna eficacia reductora de la tipicidad de los delitos de peligro si a ello no se le añade que éstos están teleológicamente orientados a la protección de intereses individuales. De referirse la peligrosidad de la conducta únicamente a la integridad de un ámbito de interacción social, la simple infracción de alguna de las reglas de conducta que lo ordenan integraría el injusto, en cuyo caso éste

aparecería preferentemente definido mediante elementos formales⁷⁰⁷. Bajo este punto de vista, ciertamente los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídico-penales supraindividuales serían en realidad delitos de lesión de éstos. Pero que su estructura sea la de delitos de lesión no implica necesariamente que en ellos las exigencias típicas sean superiores. Antes lo contrario, por cuanto cualquier conducta formalmente vulneradora del imperativo contenido en la norma primaria lesionaría el ámbito de organización en el que se inserta y, por lo tanto, reuniría los presupuestos del tipo, de manera que los márgenes de riesgo permitido quedarían expuestos a ser tendencialmente nulos⁷⁰⁸. De integrarse el tipo sólo a través de la realización del hecho formalmente descrito en el mismo, el injusto queda despojado de referencias materiales. En este sentido, si la conducta sólo debe generar un peligro para las normas que disciplinan el sector de actividad de que se trate, el cual se concrete en una lesión del mismo, toda actuación formalmente típica puede entenderse que ya quebranta por sí misma ese ámbito de organización. Es decir, el simple apartamiento formal de la regla prescrita colma las exigencias del injusto, por lo que sólo la referencia a valores individuales puede operar como auténtico criterio de restricción material de la antijuridicidad en sentido formal. En otras palabras, si lo que justifica la reacción penal es el quebrantamiento de la validez de las reglas rectoras de un subsistema social, esta validez se ve menoscabada por el mero incumplimiento a través de la conducta de alguna de ellas.

Así las cosas, si en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no subyace un valor individual, lo cierto es que estructuralmente pueden concebirse como delitos de lesión, y en esta medida a nivel conceptual pueden darse supuestos de tentativa cuando la conducta peligrosa para el ámbito de organización *ex post* no lo lesione. Pero, en atención a que en esta visión la antijuridicidad es acusadamente formal, la conclusión

⁷⁰⁷ Suscribo plenamente la opinión de FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación...”, pp. 6 y 7, cuando afirma, en cuanto a una configuración ideal, comunicativa o expresiva del delito basada en la inobservancia de la norma, que “una concepción del delito como la señalada sería excesivamente unidimensional, pues ignoraría aspectos relevantes de la realidad social del delito. Sería verdaderamente grotesco reducir el hecho punible y la pena a un proceso comunicativo entre el autor del delito y el Estado que responde frente a aquél y, por ejemplo, ocultar por completo los menoscabos y el sufrimiento de la víctima insitos al delito. El concepto de delito debería ser capaz de incorporar (y reproducir) también este último aspecto, dado que, y esto no resulta en absoluto baladí, sería relevante para la medición de la pena y para el otorgamiento de derechos en el marco del proceso a la víctima”.

⁷⁰⁸ Sobre el surgimiento del concepto de riesgo permitido en relación con los conflictos que plantean las actividades peligrosas con utilidad social, en la segunda mitad del siglo XIX, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 71 y ss.

sólo puede ser que se ocasiona una lesión del ámbito de organización de que se trate a través de cualquier conducta adecuada para ello. Y las conductas adecuadas para ello son las formalmente típicas. De modo que esta perspectiva en realidad conduce a afirmar que consuma el tipo cualquier conducta formalmente típica. Consecuentemente, carecería de sentido emplear los criterios suministrados por la teoría de la imputación objetiva, es decir, referencias de valor materiales como puede ser las relativas a la peligrosidad de la conducta en términos probabilísticos, o a la lesión del bien jurídico con arreglo a parámetros causales.

Todos estos inconvenientes contribuyen a validar la opción contraria consistente en fundamentar los delitos de peligro abstracto a través de la referencia a intereses individuales, en cuyo caso sí pueden utilizarse criterios hermenéuticos de carácter material propios de la teoría de la imputación objetiva. Es en este contexto donde la estructura y el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea optimizan su eficacia como pauta interpretativa de los delitos de peligro abstracto, en particular como parámetro restrictivo de la tipicidad de éstos. Dentro de esta perspectiva global de un Derecho Penal basado en la imputación de riesgos, los delitos de peligro abstracto pueden amoldarse perfectamente a la estructura general del hecho punible. Al igual que sucede con la punibilidad de la tentativa inidónea, con ellos se contribuye a la superación del paradigma causal tan arraigado en nuestra cultura jurídica por influjo de las metodologías positivistas, en el sentido de avanzar hacia una progresiva relativización de la importancia de las consecuencias *ex post* del acto dentro del delito o, cuanto menos, dentro del juicio de desaprobación dirigido contra el autor de la conducta. En atención a que la ciencia no permite conocer todas las reglas que causalmente rigen los fenómenos físicos, al estar éstas sometidas a variaciones no previsibles, el injusto penal debe fundamentarse en un pronóstico acerca de lo que es esperable que suceda. Es decir, en la circunstancia de haberse decidido el autor a actuar de un modo en el que es previsible, aunque no sea seguro, que su conducta comportará un efecto lesivo para el interés individual tutelado por el correspondiente tipo de delito. Aunque en la tentativa inidónea y en los delitos de peligro abstracto el pronóstico se revele erróneo, al no originarse respectivamente el resultado del delito consumado o la lesión del bien jurídico, lo cierto es que la regla de experiencia sigue siendo válida como criterio general. Ello obligaría a formular el mismo pronóstico ante las mismas circunstancias. La regla de experiencia sólo puede ser refutada cuando puede ser

sustituida por otra, es decir, cuando se puede demostrar que con una frecuencia constante las consecuencias de la conducta son otras. Pero esto desde luego difícilmente puede suceder cuando la regla preestablecida no se cumple excepcionalmente, es decir, en un caso concreto.

Así pues, mientras las reglas de la experiencia empírica estén sometidas a variaciones, y por consiguiente no sean enteramente aprehensibles de antemano a través del conocimiento humano, tiene sentido la incriminación de conductas mediante la tentativa o los delitos de peligro abstracto. Y por ende tiene sentido fundamentar la imputación objetiva en la realización de una conducta que ha demostrado conducir a la lesión del bien jurídico con una frecuencia significativa, según las regularidades observadas en los fenómenos físicos. Las conductas que no hayan demostrado esta potencialidad lesiva, de estar finalmente dirigidas a la lesión del bien jurídico, se corresponden con la estructura de las llamadas tentativas irreales, y por lo tanto no pueden motivar una reacción penal. Siguiendo el mismo modelo, las conductas formalmente realizadoras de un delito de peligro abstracto, pero atípicas desde una óptica material por no sumir la indemnidad del bien jurídico individual en un estado de incertidumbre penalmente irrelevante, también se corresponden desde un prisma objetivo con la tentativa irreal, por lo que deben merecer la misma solución de impunidad. En un plano normativo tales conductas no son comunicativamente relevantes, de modo que carecen de un significado social lesivo.

Se extrae de todo ello la necesidad de subrayar, por obvio que parezca, que no toda conducta formalmente típica lo es en términos materiales. En el caso de la tentativa irreal, lo cierto es que ni siquiera puede hablarse de inicio de la ejecución del tipo desde un prisma formal, puesto que una valoración objetiva del plan del autor no permite afirmar que ha comenzado la realización del tipo, es decir, no permite subsumir la conducta en el tenor literal del tipo. Pero esta imposibilidad de subsumir la conducta en el verbo literalmente típico procede justamente de la evidente inadecuación de la misma para lesionar el bien jurídico. El que intenta producir un aborto suministrando a la embarazada un vaso de agua con azúcar objetivamente no “empieza” a atentar contra la vida humana dependiente, en atención a la absoluta inidoneidad, *ex ante* contrastable, del medio comisivo elegido, lo que impediría incardinar la conducta en el verbo rector del tipo ya desde una óptica formal o estructural.

Ciertamente, la antijuridicidad formal brinda un primer criterio restrictivo de la tipicidad, habida cuenta de que sólo pueden ser penalmente relevantes aquellas conductas que encajen con el tenor literal del tipo. Así pues, sólo empiezan a ejecutar el tipo aquellas conductas que formalmente inician su realización, lo que únicamente sucede cuando el comportamiento en cuestión semánticamente puede tener cabida en el verbo previsto literalmente. Para decidir cuándo una conducta inicia la realización formal del tipo debe emplearse un criterio objetivo-subjetivo, en el que el plan del autor sea valorado por un espectador imparcial. Por lo tanto, ejecutan el tipo aquellas conductas en relación con las cuales un espectador objetivo afirmarí, valorando el plan del autor, que semánticamente encuentran acomodo en el tenor literal del precepto de la Parte Especial de que se trate⁷⁰⁹. La conducta literalmente típica puede estar sin embargo compuesta por una pluralidad de movimientos físicos, en cuyo caso todos ellos deben integrarse unitariamente alrededor de la unidad de significado que conforma el verbo típico⁷¹⁰. Para decidir qué movimientos corporales constituyen el significado del verbo típico, pueden ser útiles los diversos criterios ofrecidos por la doctrina, como el de la proximidad temporal entre la conducta y el resultado, el de la peligrosidad del acto, etc.

Según ello, el inicio de la ejecución depende de la representación del autor sobre su hecho, habida cuenta de que en muchas ocasiones la realización del delito puede admitir múltiples modalidades comisivas, lo que se hace especialmente patente en los delitos de medios indeterminados. No obstante, dado que en última instancia la delimitación de la materia de prohibición no puede depender del propio autor, el plan de éste debe valorarse objetivamente. Así pues, la exigencia de que la conducta realice el verbo

⁷⁰⁹ En cuanto al carácter especulativo del criterio del espectador objetivo, al remitir a un comportamiento hipotético, afirma PUPPE, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica...”, p. 7, que carecemos de leyes generales sobre cómo determinadas personas hubiesen actuado en situaciones determinadas en las que nunca se han encontrado: “si la punibilidad de una persona se hace depender de cómo otra persona se habría comportado de haberse encontrado en una situación en la cual en realidad no se encontró, entonces debe declararse siempre la inocencia del acusado”. Entiendo sin embargo que el parámetro del espectador objetivo, si bien se construye sobre una hipótesis valorativa, y sin negar por lo tanto algunas de las inseguridades que se le achacan, es el único en condiciones de expresar el grado de lesividad social del hecho, así como de indicar a los ciudadanos con un notable grado de certeza cómo el Derecho Penal ordena – a través de la conminación penal – que se comporten ante determinadas situaciones.

⁷¹⁰ Ello es así porque, como señala KISS, “Delito de lesión y delito de peligro concreto...”, pp. 9 y ss., los procesos causal-naturales pueden fraccionarse de modo ilimitado al ser el “tiempo” un factor infinitamente divisible.

literalmente típico se erige en la primera de las restricciones de la tipicidad, toda vez que lleva a reputar penalmente irrelevantes todos los comportamientos anteriores al inicio de la ejecución de un tipo intentado (con la excepción de los actos preparatorios punibles), por más que éstos denoten un peligro para el bien jurídico, incluso a pesar de que vayan unidos a un significado social negativo.

En una ulterior limitación de la punibilidad, se ha defendido la necesidad de examinar el primer requisito de la imputación objetiva el cual se ha considerado común a cualquier manifestación delictiva. Según él, la conducta debe ser adecuada para producir la lesión de un bien jurídico individual. Para valorar la objetiva capacidad de resultado de la conducta, el criterio que se ha elaborado en cierta medida se fundamenta en la distinción entre las dos clases de conocimiento acerca del mundo empírico concebibles, es decir, entre uno ontológico (sobre los hechos) y otro nomológico de la realidad (sobre las relaciones de causalidad entre los hechos). Ahora bien, esta diferenciación tan sólo tiene un valor indicativo, o cuanto menos debe ser acogida con algunas reservas, por cuanto la misma puede presentar contornos difusos en aquellos casos en los que no puede determinarse si el sujeto ha incurrido en un error ontológico o nomológico⁷¹¹. Por ejemplo, si desde el suelo alguien dispara un proyectil contra un avión que vuela pueden darse dos situaciones distintas en caso de que no se logre derribarlo. Si un proyectil de estas características sólo puede alcanzar un avión que vuele a menor altura, en principio el error será nomológico, por cuanto la errónea configuración de la realidad del autor versará sobre las leyes causales que rigen los fenómenos físicos (p. ej., el autor sabe que el avión vuela a 500 metros de altura y piensa que a esa distancia el proyectil podrá alcanzarlo, cuando en realidad sólo podría hacerlo a una distancia máxima de 499 metros). Ahora bien, si el error del sujeto tiene por objeto la distancia a la que vuela el avión, sin errar en cuanto a la distancia máxima en la que el proyectil puede derribarlo, el error será sobre el hecho, no sobre las reglas rectoras de la causalidad (p.ej., el autor sabe que el proyectil sólo puede derribar un avión que como máximo vuele a 499 metros de altura, y cuando dispara cree que vuela a esta altura, si bien en realidad se encuentra a una distancia de 500 metros).

⁷¹¹ CRUZ MÁRQUEZ, “Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura...”, p. 21.

Lo anterior ya sugiere que la clasificación entre un conocimiento ontológico o nomológico de la realidad no presenta una nitidez absoluta. Pero es que además en algunos casos la consideración de un error como ontológico o nomológico puede depender de circunstancias insignificantes o poco relevantes. En el mismo supuesto anterior, se ha dicho que si el sujeto sabe que el avión vuela a 500 metros de altura, creyendo que a esta distancia el proyectil podrá alcanzarlo, el error será nomológico. Sin embargo, en el mismo caso si el avión vuela en realidad a 501 metros de altura, el error tanto puede ser nomológico (al creer erróneamente que el proyectil puede derribar un avión que vuela a 500 metros de altura) como ontológico (al creer erróneamente que el avión vuela a 500 metros de altura). En este caso, o bien el error puede ser tanto ontológico como nomológico; o existen dos errores, uno ontológico y otro de nomológico. Esto parece indicar que los errores ontológicos y nomológicos en ocasiones pueden ser intercambiables entre sí.

Además, en algunos casos, la clasificación de un error como ontológico o nomológico puede depender de la opinión del autor sobre el hecho, lo que confirma la necesidad de observar con cautela esta diferenciación. Imaginemos que alguien dispara con una pistola contra el espectro de su enemigo invocado ante un espejo. En este caso, el error podría ser indistintamente ontológico o nomológico. Si el autor cree que en el espejo está el espectro de su enemigo, el error en principio será ontológico, toda vez que la equivocación en la que incurre es sobre el hecho (sobre la presencia de su enemigo) no sobre las leyes causales, en tanto que matar disparando contra alguien es un medio idóneo para producirle la muerte. Sin embargo, la conducta de pretender matar a alguien disparando contra un espejo en el que se identifica su figura también puede ser vista como constitutiva de un error nomológico, al no responder a las leyes causales comúnmente aceptadas por tratarse de un medio inidóneo para producir la muerte. Es decir, si la víctima no se encuentra en el mismo lugar, la identificación de su figura en un espejo a través de la invocación de su espíritu es un error ontológico (porque en realidad la víctima está en otro lugar), pero creer que es posible matar a la víctima disparando contra el espejo ante el que se ha invocado su espíritu se configura como un error nomológico (en concreto, como una tentativa supersticiosa).

Estos casos evidencian, como decía, que los conceptos de error ontológico y nomológico son en ocasiones fácilmente intercambiables entre sí, de modo que el

recurso a ellos en orden a determinar la objetiva peligrosidad de la conducta debe efectuarse extremando las precauciones. En este sentido, en principio el espectador objetivo dispone del mismo conocimiento ontológico que el autor, de modo que incurre en los mismos errores sobre la situación que él, sean vencibles o invencibles. Por lo tanto, el conocimiento intersubjetivo se refiere a las leyes empíricas usualmente reconocidas, por lo que el espectador objetivo dispone de un conocimiento nomológico adaptado a la media estadística de los ciudadanos, más el especial del autor. En este caso, si el error resulta vencible, la conducta será impune por integrar un supuesto de tentativa irreal.

Por otro lado, tanto en la tentativa inidónea como en los delitos de peligro abstracto hay un bien jurídico-penal potencialmente lesionado, en tanto que es *ex ante* previsible que uno de los objetos materiales del delito entre en el radio de eficacia causal de la conducta. Por lo tanto, la diferencia entre, por un lado, estas figuras, y por otro, la tentativa inidónea y los delitos de peligro concreto, es que en estas segundas manifestaciones delictivas además se comprueba que un concreto objeto material del delito entró en el radio de posible eficacia causal de la conducta. Pero este razonamiento sólo es válido en relación con bienes jurídico-penales individuales. Según se ha visto, todos los bienes jurídico-penales se componen de una dimensión social e individual, de manera que la clasificación entre bienes jurídico-penales individuales y supraindividuales no es tan tajante como en un principio podría parecer. En este sentido, los ataques contra bienes jurídico-penales individuales tienen un componente de lesividad social en virtud del cual el conflicto suscitado a través del delito trasciende la relación entre el autor y la víctima. Por otro lado, la tutela de ciertos entornos de interacción social sólo tiene sentido si es útil para los sujetos que conforman estas relaciones, es decir, desde la perspectiva de los individuos que intervienen en estos sectores de actividad. Existe pues una relación de interdependencia recíproca entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, de modo que los unos no pueden ser concebidos sin los otros. Desde este punto de vista, en los bienes jurídicos considerados individuales subyacerían valores supraindividuales, mientras que en los bienes jurídicos catalogados como supraindividuales subyacerían valores individuales. Esto es así porque todos los bienes jurídico-penales sin excepción han de servir a la autorealización personal del individuo (aspecto individual) en el entorno social (aspecto supraindividual).

Se quiere subrayar con ello que los bienes jurídico-penales individuales sólo adquieren sentido en un contexto social (en el tradicional ejemplo del sujeto que habita en solitario una isla desierta, no tiene sentido hablar de protección de valores individuales al no desarrollarse éstos en un entorno social), de la misma manera que la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales sólo tiene sentido si éstos se relacionan con los sujetos que intervienen en los ámbitos de interacción social tutelados. Así pues, al ser cada una de las dos clases de bienes jurídicos condición de la existencia de la otra, no puede establecerse entre ellas ninguna relación de jerarquía o subordinación. Consecuentemente, es el legislador quien al describir los distintos tipos de delito en particular opta, en cada caso, por destacar el aspecto social o individual del bien jurídico. Esta síntesis de aspectos individuales y colectivos que se manifiesta en todo bien jurídico-penal refuerza la idea de que los segundos no pueden estar totalmente desconectados de los primeros (como se ha dicho, la protección penal de un ámbito de interacción social carecería de justificación si no fuera útil desde la perspectiva de los sujetos que intervienen en el mismo). En caso contrario, los fines estatales aparecerían preferentemente definidos por aspectos gerenciales, y en consecuencia existiría el riesgo de no poner el sistema de organización social al servicio de los individuos que lo componen, con la consiguiente ruptura del contrato social que, desde un paradigma liberal, justifica la renuncia de cada individuo a una parte de su libertad individual a cambio de la protección de la cuota restante.

La vida en comunidad no es un fin en sí mismo puesto que la sociedad no es más que un conjunto de ciudadanos que deciden interrelacionarse entre sí por razones de conveniencia individual (las que sean). De esto se desprende que la tutela de situaciones organizativas debe ser individualmente útil. Sólo de esta manera se puede cumplir con las exigencias del principio de lesividad tácitamente requeridas por la Constitución. En este sentido, la Constitución brinda un test de legitimidad de los bienes jurídico-penales, según el cual todos ellos deben abarcar valores sociales e individuales. Ahora bien, estas referencias a valores sociales o individuales no tienen por qué ser necesariamente expresas, sino que basta con que sea identificable en cada bien jurídico-penal, aunque sea por vía interpretativa, una vocación de tutelar las posibilidades de participación social individual. Es de esta manera que el delito puede mostrar desde una óptica material el significado social-individual negativo vinculado al quebrantamiento formal

de la norma de conducta. Que todos los delitos sean en cierta medida pluriofensivos, no impide reconocer un cierto grado de autonomía a los bienes jurídico-penales supraindividuales, en tanto que éstos no pueden ser explicados únicamente a través de la suma de intereses individuales que subyacen a ellos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que los delitos de peligro abstracto son tipos compuestos al ser al mismo tiempo delitos de lesión (de un bien jurídico supraindividual) y delitos de abstracta puesta en peligro (de un bien jurídico individual). El bien jurídico supraindividual sólo puede justificar genéricamente la existencia de una necesidad de tutela estatal, por lo que el carácter específicamente penal de ésta tan sólo puede explicarse en referencia al interés individual. Únicamente de esta manera es posible sostener que el Derecho Penal dispone de un sustrato axiológico propio, en el sentido de que sólo a él le corresponda reaccionar ante las formas de ataque más graves contra los intereses más esenciales. Es por lo tanto la referencia a un interés individual lo que expresa el carácter nuclear del objeto de tutela y, por consiguiente, la necesidad de arbitrar mecanismos específicamente penales para su protección, de manera que sin ella la limitación de la libertad individual prevista en la norma primaria del delito de que se trate no aparecería como suficientemente fundamentada (es decir, una ponderación entre los intereses limitados y protegidos por el tipo penal llevaría a la conclusión de que deben prevalecer los primeros)⁷¹².

En este sentido, el Derecho Penal debe disfrutar de cierta autonomía valorativa para perfilar sus propios límites de riesgo permitido, los cuales en general han de ser más amplios que en el resto de sectores del Ordenamiento, habida cuenta de que sólo está llamado a reaccionar ante los hechos más graves al ser las consecuencias jurídicas por él previstas las más limitativas de derechos fundamentales⁷¹³. De carecer el sistema penal de sus propios criterios valorativos, y consecuentemente de sus propias finalidades de protección, sería difícilmente identificable un injusto específicamente penal (lo que se pone particularmente de manifiesto cuándo se produce un solapamiento entre

⁷¹² La doctrina de la ponderación de intereses se basa precisamente en la negación de un mundo normativamente preconstituido; en caso contrario, dicha ponderación devendría innecesaria e incluso ilegítima. Al respecto, HAAS, “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental...”, pp. 12 y ss.

⁷¹³ La afirmación de que sólo son relevantes para el Derecho Penal aquellas conductas que supongan la creación de un riesgo no permitido no sólo resulta válida para aquellos casos en que no hay ninguna afectación del bien jurídico, sino también en aquellos en los que pudiera ponerlo en peligro o incluso lesionarlo. Con mayor profusión, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa...*, p. 109.

infracciones penales y extrapenales, en las cuales se prevé exactamente el mismo supuesto de hecho, como sucede en material de seguridad vial)⁷¹⁴. Estimo, en suma, que una total desconexión de los bienes jurídico-penales supraindividuales de intereses individuales llevaría aparejado un riesgo de difuminación de las finalidades específicas del Derecho Penal, y por lo tanto de su característico contenido de injusto, a la vista de que la protección de ámbitos de organización social es un fin también identificable en otras ramas del Ordenamiento, singularmente en el Derecho Administrativo sancionador. No podría decirse, en definitiva, que un tal Derecho Penal reacciona frente a los ataques contra las más esenciales condiciones de participación social individual.

No obstante, al otorgarse un cierto perfil propio a los bienes jurídicos supraindividuales, éstos pueden deslindarse conceptual y valorativamente de los intereses individuales que laten en ellos. Puede ser perfectamente más grave el ataque contra un interés individual que además lesione un ámbito de organización social altamente reglado (como la seguridad vial), que el ataque tan sólo dirigido contra un interés individual. Esto explica que cuando, a parte de la lesión del ámbito de organización, se produce una lesión de alguno de los intereses individuales que se despliegan dentro de éste, sea posible conformar un concurso de delitos entre los tipos penales que respectivamente protegen, en primer término, los valores sociales e individuales contra los que se ha atentado. Se trata, en suma, de un concurso ideal de delitos, habida cuenta de que una misma conducta lesiona dos bienes jurídico-penales distintos (uno de carácter supraindividual, el otro de carácter individual).

Ahora bien, a la vista de los puntos de contacto desde luego existentes entre ambas infracciones, en la determinación de la gravedad del injusto, y consecuentemente de la pena, para la formación del correspondiente concurso ideal de delitos hay que evitar desvalorar dos veces la circunstancia del hecho relativa a la peligrosidad de la conducta para el interés individual, la cual se contempla tanto en el delito de peligro abstracto como en el delito de lesión⁷¹⁵. Este dato fáctico debe valorarse únicamente en el delito

⁷¹⁴ La duplicidad sancionatoria que suele existir en los ámbitos en los que los delitos de peligro abstracto inciden, obliga a prestar una atención especial a los criterios de restricción del injusto típico relativos a los principios político-criminales de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*, según indica CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 21 y ss.

⁷¹⁵ Aquí se ha optado por una concepción normativa del concepto de peligro, en contraposición a una concepción ontológica (fáctica) del mismo. Sobre esta cuestión DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 50 y ss.

de lesión, de modo que éste abarque tanto la peligrosidad *ex ante* de la conducta para el interés individual como la realización *ex post* de ese riesgo en el resultado. Consecuentemente, el delito de peligro abstracto sólo englobaría la abstracta puesta en peligro y posterior lesión de las normas que disciplinan el ámbito de organización de que se trate, es decir, este sería el único elemento fáctico con el que sustanciar su contenido de injusto. En atención a todo lo anterior, la solución que en definitiva se propone es la siguiente: en los casos en los que sea posible formar un concurso ideal de delitos entre un tipo de peligro abstracto y un tipo de lesión, en el primero sólo subsistiría el ataque contra el interés supraindividual, al quedar la peligrosidad de la conducta contra el interés individual absorbida por el delito de lesión, lo que obligaría apreciar un menor contenido de injusto en el delito de peligro abstracto y consiguientemente a atemperar la pena asociada al mismo. Por ejemplo, si el conductor que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas provoca un accidente con resultado de lesiones, concurriría un concurso ideal de delitos entre un tipo contra la seguridad vial y un tipo de lesiones imprudentes, si bien a través del primero la única circunstancia sobre el hecho que podría desvalorarse, al ser la única no absorbida por el delito de lesión (y por lo tanto la que fundamenta la existencia del concurso de delitos), sería la concerniente a la lesión de las normas que disciplinan el ámbito de organización social afectado (la circulación de vehículos a motor y ciclomotores) objetivamente imputable a una conducta adecuada para ello en el momento de realizarse. Estimo que esta es la solución más coherente con reconocer una cierta autonomía a los bienes jurídicos supraindividuales, pero sin negar que los mismos se construyen por referencia a un interés individual.

Dado que un mismo delito puede ser de lesión o de peligro abstracto en función de cómo se caracterice el objeto de protección, la concreción del bien jurídico aparece como una labor previa a la delimitación de la modalidad de ataque contra él dirigida a través de la realización de la descripción típica. Por otro lado, la circunstancia de que en los delitos de peligro abstracto el tipo no contenga una referencia expresa a la peligrosidad de la conducta, a diferencia de lo que sucede con los delitos de peligro concreto, no habilita para afirmar que en ellos basta con la conculcación formal de la norma de conducta prescrita. Para llegar a esta conclusión, se ha defendido que el concepto legal de tentativa del art. 16 CP marca el grado de lesividad mínimo del hecho para ser éste penalmente relevante, lo que depende de si el mismo genera un riesgo no

permitido para el bien jurídico. Sin embargo, esta peligrosidad debe determinarse caso por caso, no a través de generalizaciones establecidas por el legislador, puesto que de otro modo el hecho carecería de un contenido material de injusto. Evidentemente, dentro del proceso de tipificación de conductas, el legislador selecciona en los delitos de peligro aquellas que, con arreglo a un juicio de experiencia, generalmente desembocan en una lesión del bien jurídico. Es decir, esta lesividad potencial debe corroborarse en el caso concreto, puesto que de otro modo la antijuridicidad sería meramente formal.

Se ha visto además que el concepto de peligro, como atributo de la conducta, siempre va referido a un evento dañino futuro y por lo tanto incierto⁷¹⁶. En consecuencia, el juicio de peligro debe emitirse con arreglo a parámetros probabilísticos. Quien en un sorteo tiene todos los números menos uno, es extremadamente probable que sea agraciado, pero no con absoluta certeza, pues cabe la hipótesis de que resulte premiado el único número del que no dispone, aunque ello sea extremadamente poco probable. Incluso en caso de que disponga de todos los números, cabe la posibilidad de que no resulte premiado porque el sorteo no llegue a celebrarse por el motivo que sea. Con todo, como se ha dicho, de no producirse *ex post* el efecto previsto, el juicio de peligro emitido *ex ante* no se refuta. Si se celebra el sorteo y resulta premiado el único número del que el sujeto carecía, seguirá siendo posible pronosticar que, en idénticas circunstancias, es muy probable que el sujeto sea agraciado, al no haberse invalidado la correspondiente regla de frecuencia.

Sentado lo anterior, estimo posible postular que la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea permite revertir el carácter acusadamente formal del modo en que tradicionalmente éstos han sido interpretados. A través de ello sería posible, en definitiva, erradicar los dos fenómenos que a mi juicio están en el origen de dicha formalización: el primero, relacionado con la total escisión lógico-conceptual entre los bienes jurídico-penales supraindividuales e individuales; el segundo, relativo a una determinación no individualizada caso por caso de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico. Se ha expuesto que el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto, al interpretarse a la luz de los criterios suministrados por la teoría de la imputación objetiva, podría compararse también con la imprudencia (en la

⁷¹⁶ Sobre la negación de la existencia de peligro como concepto ontológico, DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, pp. 69 y ss.

medida que podrían ser contemplados como imprudencias sin resultado). Ahora bien, como también se ha explicado, se ha optado por preferir la comparación con la tentativa inidónea, entre otros motivos porque en el CP están expresamente previstos los requisitos de la misma, entre ellos los concernientes a la peligrosidad de la conducta, de los que se extrae el grado de lesividad mínimo que debe presentar el hecho para ser penalmente relevante.

Así pues, el tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto puede materializarse en virtud de las mismas razones que fundamentan el inicio de la tentativa y su punibilidad. Por lo tanto, los presupuestos para afirmar la adecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico-penal (individual), como único elemento constitutivo de la parte objetiva del injusto, serían los mismos en los delitos de peligro abstracto que en la tentativa inidónea. Todo ello sobre la premisa de que la carga de ofensividad mínima del hecho viene determinada por la abstracta puesta en peligro del bien jurídico individual. Tanto en la tentativa inidónea como en los delitos de peligro abstracto, el grado de probabilidad necesario para que la posibilidad de lesión sea penalmente relevante es aquel a partir del cual el riesgo no puede reputarse insignificante ni socialmente adecuado. Por lo tanto, en ambos casos la conducta debe generar un no insignificante ni socialmente adecuado grado de probabilidad de lesión. Sólo la evitación de conductas respecto de las cuales pueda predicarse este atributo puede entrar dentro de las finalidades de protección del tipo⁷¹⁷. Únicamente de esta manera puede lograrse que el círculo de conductas materialmente típicas sea más estrecho que el de las conductas formalmente típicas, y que sólo el primero integre el círculo de conductas jurídico-penalmente prohibidas.

Con ello pueden perfilarse los parámetros con los que deberían solucionarse determinados grupos de casos. Si el autor conscientemente adopta medidas de neutralización del riesgo para el bien jurídico en el momento de actuar, las cuales resulten objetivamente suficientes para situar la conducta dentro de los márgenes de riesgo permitido, la actuación debe considerarse atípica, por más que realice el tipo en sentido formal⁷¹⁸. P. ej., el conductor que conduce antirreglamentariamente por una

⁷¹⁷ Vid. TRAPERO BARREALES, *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la LO 7/2000 y la LO 15/2003*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 69.

⁷¹⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 81 y ss.

urbanización con acceso limitado, habiéndose asegurado previamente de que ese día no habría nadie en la misma. Las medidas adoptadas resultan objetivamente suficientes cuando sitúen la peligrosidad de la conducta por debajo del nivel jurídico-penalmente desaprobado, lo que sucede cuando un espectador imparcial, con los conocimientos de la situación del autor, pueda afirmar en el momento de actuar que, según las leyes rectoras de la causalidad por él conocidas, más las especiales del autor, no es probable que el resultado se produzca.

Asimismo, en los delitos de peligro abstracto pueden darse supuestos de error de tipo al tratarse de delitos dolosos. Para delimitar estos supuestos debe partirse de que basta con que el autor sepa y asuma – ni que sea con dolo eventual – que está realizando una conducta que probablemente puede comportar la lesión del bien jurídico individual correspondiente. Ahora bien, el error del autor sobre la objetiva peligrosidad de la conducta puede responder tanto a un error sobre la situación, como a un error sobre las regularidades observadas en los procesos causales. Si el sujeto actúa con la decisión de evitar el peligro, de manera que no asuma su creación, pero *ex post* se pone de manifiesto que no lo erradicó por debajo de los límites del riesgo permitido, la errónea configuración de la realidad en la que ha incurrido puede deberse a una errónea percepción de la situación. En el mismo supuesto anterior, puede ocurrir que el autor crea equivocadamente que no puede entrar nadie en la urbanización, al desconocer la existencia de una vía de acceso que ha quedado abierta. Según lo expuesto a propósito de la tentativa inidónea, en este caso el espectador objetivo dispondría del mismo conocimiento de la situación que el autor y, en consecuencia, incurriría en el mismo error ontológico, el cual sería objetivamente invencible. Por lo tanto, la conducta debería considerarse impune por ausencia de imputación objetiva aunque un espectador con un nivel de diligencia medio se hubiera cerciorado todavía más de si quedaba o no alguna vía de acceso a la urbanización abierta. En cambio, si el autor incurre en un error nomológico en el que no habría incurrido un espectador medio, en el sentido de considerar no peligroso un comportamiento que realmente lo es, sí habrá posibilidad de imputación objetiva. Además, en un plano subjetivo, al tratarse de un error de tipo vencible, podría reprocharse el carácter imprudente de la conducta, que es justamente lo que incrimina el delito de peligro abstracto. Por lo tanto, creo razonable entender que en los delitos de peligro abstracto el error de tipo nomológico de carácter vencible no excluye la punibilidad de la conducta con arreglo al propio delito de peligro abstracto de

que se trate (en la medida que existe posibilidad de imputación objetiva y subjetiva). En cambio, los errores ontológicos siempre serán invencibles, con la consiguiente solución de impunidad (tanto por ausencia de imputación objetiva como de imputación subjetiva), al ser los conocimientos del espectador objetivo sobre la situación los que mismos que los del autor.

Lo dicho vale para los casos de error de tipo acerca de la peligrosidad de la conducta (el autor cree no realizar una conducta peligrosa, pero ésta en realidad lo es). Por otro lado, puede darse la situación inversa, en la que el autor cree realizar una conducta peligrosa que en realidad no lo es. En relación con esta hipótesis, en caso de que el autor no sea consciente de que ha contrarrestado el peligro, y por lo tanto lo asuma, si un espectador objetivo también hubiera incurrido en el mismo error (por ser éste ontológico o nomológico invencible), la conducta debe ser castigada al aparecer *ex ante* como objetivamente adecuada para lesionar el bien jurídico. Por el contrario, si el espectador objetivo no hubiera incurrido en el mismo error (por ser nomológico vencible), no habrá posibilidad de imputación objetiva por ser insuficiente la objetiva capacidad de resultado de la conducta, al corresponderse estructuralmente esta situación con las que se dan en el ámbito de la tentativa irreal.

Como se ha dicho, el dolo en los delitos de peligro abstracto debe comprender la voluntad de poner en práctica la conducta con conciencia de la peligrosidad de la misma. Así pues, desde un prisma subjetivo los delitos de peligro abstracto presentarían más similitudes con la imprudencia, al reprocharse en ellos o bien la decisión de actuar a pesar de conocer la peligrosidad general de la conducta, aunque en el caso concreto se crea posible descartar la producción del resultado (culpa consciente); o bien la no detección de la peligrosidad de la conducta (culpa inconsciente)⁷¹⁹, lo que explicaría la irrelevancia del error de tipo vencible de carácter nomológico (en aquellos casos en los que el autor, como consecuencia de un defectuoso conocimiento de las regularidades comúnmente observadas en los procesos causales, cree realizar una conducta no

⁷¹⁹ La discusión acerca de los elementos que conforman el tipo subjetivo del delito imprudente sigue abierta, si bien puede afirmarse que todas las voces convienen, de una forma más o menos explícita, que en esta figura delictiva “el sujeto quiere la conducta sin querer el resultado”. Esta característica de la imprudencia es la que justificaría su equiparación con el tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto. En relación con ello, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, “Recensión a Carlos Pérez del Valle, La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente, Barcelona, 2012, 210 páginas”, en *InDret*, n° 4, 2013, pp. 12 y ss.

peligrosa para el bien jurídico que en realidad lo es, lo que habría sido advertido por un espectador objetivo). En consecuencia, el tipo subjetivo de los delitos de peligro abstracto requiere cuanto menos la posibilidad de conocer la objetiva peligrosidad del comportamiento.

Todo ello permite concretar, a modo de recapitulación, la estructura típica de los delitos de peligro abstracto. Pues bien, de incorporar las conductas en ellos previstas la lesión de un bien jurídico supraindividual, ésta conformaría el círculo de la antijuridicidad formal. No obstante, dentro del círculo de la antijuridicidad formal, debe colocarse otro círculo más estrecho, el de la antijuridicidad material, de modo que, de entre todas las conductas que lesionan las normas reguladoras del sector de actividad de que se trate, sólo sean materialmente típicas aquellas que además sean en el caso concreto objetivamente adecuadas en el momento de emprenderse para lesionar un interés individual. Sólo de este modo la antijuridicidad material puede actuar como criterio restrictivo de la tipicidad, en el sentido de acotar y limitar la punibilidad de las conductas formalmente antijurídicas. Constituyen entonces los criterios materiales ofrecidos un sistema de selección, dentro de las conductas formalmente antijurídicas, de aquellas llamadas a ser penalmente punibles. Dentro de la estructura material del tipo, en su parte objetiva los requisitos de ésta serían los mismos que los de la tentativa inidónea (correlativamente, las conductas *ex ante* no objetivamente adecuadas para lesionar el interés individual podrían equipararse con el tipo objetivo de la tentativa irreal). En cuanto a su parte subjetiva, la voluntad de realizar la conducta con consciencia de su peligrosidad o con la posibilidad de conocerla, que conforma el dolo de los delitos de peligro abstracto, se correspondería con la parte subjetiva de la imprudencia, que puede ser consciente o inconsciente en función de si el autor ha advertido o no el riesgo que entraña su actuación.

Para determinar el nivel de prevención exigible para entender que la conducta no es suficientemente peligrosa para el bien jurídico individual en un delito de peligro abstracto, lo decisivo es el examen de las finalidades de protección del tipo, de las que pueden extraerse los niveles de riesgo permitido, lo que no tiene por qué llevar a requerir una absoluta neutralización del peligro. Si para afirmar la existencia de un delito de peligro abstracto no es necesario que la lesión del bien jurídico individual aparezca como una consecuencia segura de la conducta, lo lógico es estimar que para

descartar la presencia de este delito no es necesario que la ausencia de dicho resultado sea una consecuencia segura de la actuación. Basta por lo tanto con que las medidas de precaución adoptadas por el sujeto permitan sostener que la lesión del bien jurídico individual no es una consecuencia racionalmente esperable de su comportamiento.

Ahora bien, el dolo del autor en los delitos de peligro abstracto no sólo debe abarcar la voluntad de realizar la conducta con conciencia de su peligrosidad para un interés individual, sino también la voluntad de lesionar el ámbito de interacción social afectado. Con todo, en atención a que a través de los delitos de peligro abstracto se incriminan – o tendrían que incriminarse – las conductas generalmente más peligrosas para bienes jurídicos individuales, en el sentido de ser las conductas que con una frecuencia más constante han demostrado lesionarlos, lo cierto es que en la práctica es muy limitado el margen para apreciar error de tipo, y todavía más para que éste determine la impunidad del hecho (lo que únicamente sucederá cuando se trate de un error ontológico que provoque un desconocimiento de la auténtica peligrosidad de la conducta). Son, en efecto, muy pocos los casos en los que el autor puede ignorar la capacidad de su conducta para lesionar el interés individual subyacente al tipo como consecuencia de una errónea configuración de la realidad, ya que como mínimo normalmente concurre dolo eventual respecto de esta circunstancia. P.ej., un empresario tiene dos recipientes idénticos que contienen respectivamente, uno, un líquido inocuo para el medio ambiente, y el otro, un líquido adecuado para contaminar las aguas fluviales, y vacía uno de ellos al río sin asegurarse de que éste efectivamente contenga el líquido no contaminante. Pues bien, en este caso por lo menos existirá dolo eventual respecto del carácter contaminante del líquido vertido, al no haber adoptado el sujeto ninguna medida de precaución para asegurarse de que realmente abocaba el líquido inocuo para el medio ambiente⁷²⁰.

Por otro lado, el reconocimiento de un contenido propio a los bienes jurídico-penales supraindividuales permite justificar, en los delitos de peligro abstracto que los tutelan, que el castigo sea en ocasiones superior al previsto para los delitos de peligro concreto y

⁷²⁰ A partir de dos supuestos concretos acaecidos uno en España y el otro en Francia, los respectivamente llamados casos *Prestige* y *Erika*, BAUCCELLS LLADÓS / PETIT, “Possibilities and limits of environmental criminal protection. Reflections on the Erika and Prestige cases (or how an organized irresponsibility system carries on)”, en *InDret*, nº 3, 2013, pp. 1 y ss., reflexionan sobre las posibilidades y los límites de la protección penal del medio ambiente, en relación con la cual constatan la existencia de un sistema legal global de irresponsabilidad organizada para la contaminación marítima.

de lesión protectores de los mismos intereses individuales. Ello es así porque en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales, además de ponerse en peligro un interés individual, se lesiona un ámbito de organización socialmente útil. No obstante, puede ocurrir que ni tan sólo la conducta en abstracto incriminada por el legislador – no ya la concretamente realizada – sea en general peligrosa para algún interés individual. En este supuesto ni por vía de interpretación teleológica podría darse cumplida satisfacción a las exigencias del principio de lesividad, en cuyo caso sólo cabe proponer *de lege ferenda* la derogación de los preceptos implicados. A pesar de lo anterior, antes de llegar a esta solución deben agotarse las posibilidades de restricción teleológica del delito de peligro abstracto de que se trate tomando el concepto legal de tentativa como cláusula general de lesividad. Cabe concluir entonces que, ante la falta de una previsión específica en la Parte General por medio de la que se explicita la carga mínima de lesividad que debe contener un hecho para ser penalmente relevante, el concepto legal de tentativa es la referencia más segura y estable para estos efectos. Desde esta perspectiva el grado de injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto no podría ser inferior al de la tentativa inidónea, y si a ello se le añade que todos los delitos tienen que estar tácita o expresamente orientados a la tutela de un bien jurídico individual, la conclusión sólo puede ser que las conductas *ex ante* no objetivamente adecuadas para lesionar algún interés de esta clase deben considerarse penalmente atípicas.

IV. El delito de tentativa en los delitos de peligro abstracto

Se ha visto que si conceptualmente se considera que los delitos de peligro abstracto son en realidad delitos de lesión de un interés supraindividual, entonces no existe inconveniente alguno para apreciar tentativa en ellos, en los casos en los que no se produzca el resultado consumativo (consistente en la lesión del interés supraindividual). Ahora bien, que en esta interpretación lógicamente pueda apreciarse tentativa en los delitos de peligro abstracto, no implica que en ella la intensidad de la respuesta penal sea menor, ni por lo tanto que con este modelo se reduzca el ámbito de la tipicidad. En primer lugar, porque la posibilidad de tentativa quedaría acotada a aquellos casos en los que la conducta sea adecuada para lesionar el ámbito de organización social pero finalmente no acabe lesionándolo, cuando lo cierto es que difícilmente puede alcanzarse a imaginar un solo supuesto que presente estas características, es decir, un caso en el

que el ámbito de organización de que se trate no sea lesionado a través de la infracción formal de alguna de las normas que lo regulan (en efecto, la infracción formal de la norma de conducta ya supone una lesión del modelo de organización social que con ella se pretende regular). Si un sujeto conduce temerariamente por un lugar, habiendo adoptado medidas objetivamente adecuadas para eliminar todo peligro para los intereses individuales que se podrían ver afectados con su conducta, desde luego no puede decirse que su conducta sea acorde con las condiciones en las que el legislador pretende que se desarrolle la circulación de vehículos a motor. Justamente por ello en la visión aquí defendida esta conducta, a pesar de ser penalmente atípica por no crear un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para un interés individual, debería ser constitutiva de una infracción administrativa.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, dado que la lesión del bien jurídico supraindividual sólo expresa el contenido de antijuridicidad formal del hecho, poca o nula eficacia restrictiva de la tipicidad, o de modulación de la respuesta penal a través de la distinción entre tentativa y consumación, puede tener la desconsideración del elemento fáctico por medio del que es posible dotar el injusto de un contenido material, el cual va necesariamente referido a la peligrosidad de la conducta para un interés individual. Según ello, desde esta perspectiva, teóricamente sería posible apreciar tentativa en los delitos de peligro abstracto, puesto que en realidad se configurarían como delitos de lesión (de un interés supraindividual), pero en puridad no sería imaginable ningún caso concreto de tentativa de un delito de peligro abstracto, al implicar la realización formal del tipo la consumación delictiva si no se completa con criterios materiales, de modo que el alcance restrictivo de la tipicidad que brindaría esta interpretación sería nulo, en el sentido de que la respuesta penal no podría atemperarse a través de la apreciación de tentativa en algunos casos. Esta posibilidad, como decía, sería sólo concebible a nivel teórico o hipotético, por lo que carecería de toda virtualidad práctica en aras a modulación de la gravedad del injusto y por lo tanto de la respuesta punitiva. Ciertamente, esta visión, al ir indisolublemente unida a una interpretación preminentemente formal del tipo, no permite captar el específico contenido de injusto del hecho concretamente realizado. Pretender alcanzar este efecto a través de una interpretación formal del tipo – es decir, obviando la lesividad del hecho para intereses individuales – parece sin duda una labor utópica y en cierta medida antinómica.

En definitiva, una interpretación de los delitos de peligro abstracto como tipos sin un referente individual, y por lo tanto como de lesión de un bien jurídico supraindividual, permite que los mismos puedan ser realizados en grado de tentativa cuando la conducta capaz de resultado no acaba lesionando el ámbito de organización social de que se trate. Ahora bien, con en esta interpretación no se ofrece ningún criterio limitativo de la tipicidad al carecer el tipo de referencias materiales (lo que en la práctica hace inviable apreciar supuestos de tentativa; así como analizar la antijuridicidad desde una óptica sustantiva, con la consiguiente exclusión de la órbita del tipo de las conductas que sólo lo realizan formalmente). Los inconvenientes de esta concepción confirman que la postura contraria, según la cual sería posible identificar un interés individual en los delitos de peligro abstracto, puede proporcionar muchos mayores réditos en aras a la limitación de su punibilidad. Según ello, estas limitaciones no procederían de la admisibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto, con la consiguiente atenuación de la pena, sino de una interpretación de los mismos con arreglo a parámetros verdaderamente materiales, los cuales pasarían por exigir en su tipo objetivo los mismos requisitos que en la tentativa inidónea. Por lo tanto, la vía de sustantivación y reducción del alcance de los delitos de peligro abstracto que estimo más fértil es aquella que se basa, no en la confrontación entre el tipo de la tentativa y el de la consumación, sino entre antijuridicidad formal y material, a partir de la cual puede trazarse la línea de la atipicidad penal.

Dentro de esta interpretación material, de las finalidades de protección de los tipos de delito abstracto se desprende, como se ha expuesto, que éstos se hallan finalísticamente orientados a la tutela de intereses individuales, aunque la prohibición de crear un peligro para éstos no esté expresamente contenida en la descripción típica. Esta ausencia de una referencia explícita es la que obliga a recurrir a criterios de restrictivos de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto de carácter teleológico, los cuales de ningún modo pueden aflorar bajo una interpretación formal de los mismos, puesto que ésta sólo permite considerar la única referencia explícita del tipo relativa al valor supraindividual protegido. En consecuencia, según esta concepción, los delitos de peligro abstracto contendrían una referencia expresa (al valor supraindividual) y una referencia implícita (al valor individual); para captar la primera bastaría con acudir a criterios formales (referentes al tenor literal del tipo), en cambio la segunda sólo podría advertirse a través

de criterios materiales (relativos a las finalidades de protección del tipo). Se conformarían entonces con los delitos de peligro abstracto como delitos pluriofensivos protectores al mismo tiempo de un interés explícito (el supraindividual) y de un interés implícito (el individual).

Según ello, bien podría apuntarse como hipótesis de trabajo que también bajo esta concepción a nivel estructural puede surgir una tentativa de un delito de peligro abstracto: cuándo la conducta lesione el interés supraindividual (el ámbito de organización) pero no sea abstractamente peligrosa para ningún interés individual. Pues bien, es aquí donde la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea adquiere toda su dimensión de sentido, ya que a través de ella puede descartarse la opción indicada, habida cuenta de que dichos casos en realidad no serían constitutivos de una tentativa de un delito de peligro abstracto, sino que deberían reputarse penalmente atípicos. Esto es así porque, en caso contrario, se estaría convalidando la opción de “tentativa de una tentativa inidónea”, de manera que el Derecho Penal rebasaría los límites de su ámbito legítimo de actuación, al punir conductas *ex ante* no adecuadas para lesionar un bien jurídico individual⁷²¹. Pero frente a ello aun cabría aducir que, de acuerdo con el esquema propuesto, la tentativa de un delito de peligro abstracto podría mostrarse compatible con los principios rectores del sistema porque con ella la conducta sería abstractamente peligrosa para el bien jurídico supraindividual, el cual además resultaría lesionado, a pesar de no ser la actuación lesiva desde la óptica del interés individual. Podría alegarse en definitiva que la opción de contemplar una tentativa de un delito de peligro abstracto resulta incluso coherente en un modelo en el que los delitos de peligro abstracto se asimilen a la tentativa inidónea, toda vez que también en este caso se cumplirían las exigencias de esta última, en la medida que la conducta sería *ex ante* objetivamente peligrosa para el bien jurídico (supraindividual). Pero con ello se estaría obviando un aspecto de capital trascendencia que ha sido reiteradamente reseñado: los delitos bienes jurídicos supraindividuales, pese su innegable autonomía, no son axiológicamente independientes de los intereses individuales a ellos subyacentes.

⁷²¹ Como señala REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas...*, pp. 152 y ss., en los delitos de peligro abstracto el momento consumativo se anticipa en el sentido de que las formas imperfectas quedan absorbidas por la consumación. Es decir, la consumación surge “ab initio” con el primer acto exterior realizador del tipo.

Así pues, bajo ningún concepto puede ser constitutivo de delito, ni tan sólo a título de tentativa, un hecho que ni siquiera en abstracto sea peligroso para un bien jurídico-penal individual. De tomarse la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico supraindividual (el cual además resulta lesionado aunque la conducta sea inocua para el interés individual) como base para sustantivar el injusto de una tentativa de un delito de peligro abstracto, en realidad se estaría conformando un ilícito penal meramente formal a partir de la simple realización del tipo en su sentido literal. Por lo tanto, los criterios restrictivos que resultan de la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea, así como de la identificación de un interés individual en los bienes jurídicos supraindividuales, no sirven para declarar la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto cuándo la conducta sólo formalmente realice el tipo (al poner en peligro y lesionar el interés supraindividual, pero no poner en peligro el interés individual tácitamente protegido). Por el contrario, tales criterios han de instrumentalizarse para defender la irrelevancia penal de estos casos, con el consiguiente incremento de los límites del merecimiento de pena y por lo tanto de la esfera de lo punible. Nótese que, de desaparecer el ataque contra el bien jurídico individual de modo que sólo subsista la lesión del bien jurídico supraindividual, el ilícito penal así configurado, aunque sea a título de tentativa, puede ser sustancialmente idéntico al de una infracción extrapenal, en cuyo caso la sanción no penal resulta preferible en virtud de los principios de *ultima ratio*, intervención mínima, subsidiariedad, etc.⁷²². Esto lleva a concluir que el hecho, de carecer de una carga de lesividad jurídico-penalmente desaprobada para algún interés individual, aparece despojado de los elementos que permiten justificar una reacción específicamente penal, aunque sea título de tentativa (es decir, de los elementos que permiten sostener que merece ser penado).

⁷²² Según expone FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación...”, p. 15, la conminación con pena de un hecho exige, en primer lugar, “que se trate de la protección de bienes de una importancia tal que, el recurso a la pena, en tanto que grave injerencia jurídica que se lleva a cabo tras el hecho delictivo, se muestre adecuado (*angemessen*) para poner en evidencia la importancia de las normas que protegen dichos bienes; esto es, la pena no puede justificarse como un medio para evitar menoscabos en bienes o intereses de menor relevancia. En segundo lugar, para que la amenaza penal pueda ser admitida, la conminación de la pena (y la posterior imposición) debe ser siempre necesaria (*erforderlich*) para garantizar la observancia de la norma. Si resulta que la garantía de la observancia de la norma es también posible de manera igualmente efectiva mediante el recurso a sanciones jurídico-civiles, medidas jurídico-administrativas o sanciones por debajo del umbral de la pena, en principio, no cabe legitimar el recurso a la pena”.

En consecuencia resulta de capital importancia complementar la exigencia de los mismos requisitos del tipo objetivo de la tentativa inidónea para los delitos de peligro abstracto, con la consideración en virtud de la cual la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales no llegaría al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un delito de peligro abstracto cuando la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual. En estos casos se hallaría ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, al identificarse el hecho con la tentativa irreal. Según esto, la autonomía de los delitos de peligro abstracto sólo alcanzaría a conformar un concurso de delitos entre dos delitos consumados, el de peligro abstracto y el de lesión, cuando la abstracta puesta en peligro del interés individual se concrete además en la lesión del mismo.

En relación con todo ello conviene recalcar que la realización de una conducta peligrosa para el interés supraindividual no creadora de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para el interés individual, formalmente realiza el tipo de peligro abstracto, pero no en grado de tentativa sino de consumación. Por lo tanto, como decía, el camino para reducir el tipo de los delitos de peligro abstracto que más frutos puede brindar es aquel según el cual son penalmente atípicos los hechos que, en una interpretación de los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses desprovistos de toda referencia individual, serían constitutivos de una tentativa de un delito de peligro abstracto. Así pues, con la referencia tácita del tipo de peligro abstracto al ataque a un bien jurídico individual, quedan evidenciados los caracteres del hecho que legitiman una intervención específicamente penal, de modo que sea posible defender la irrelevancia penal – y no la realización de un delito de tentativa – de aquellas conductas que sólo formalmente encajan en el tipo (al realizarlo tan sólo en sentido literal por atacar únicamente el interés supraindividual expresamente mencionado en el precepto legal).

Todo lo dicho hasta ahora se refiere a la estructura material de los delitos de peligro abstracto, en la medida que su punibilidad se ha tratado de fundamentar, por un lado, en las mismas razones que las explicativas del castigo de la tentativa inidónea; y, por otro lado, en la presencia en ellos de un interés individual tácitamente reconocido. Ahora bien, también a partir de la estructura formal del delito pueden obtenerse importantes limitaciones de la tipicidad. En esta línea, según se ha dicho, ni siquiera serán formalmente típicas aquellas conductas que no pueda considerarse que inician la

ejecución del delito, al no realizar objetivamente el verbo típico en sentido literal a la vista del plan del autor. De esta manera las conductas anteriores al inicio de la fase ejecutiva, es decir, a la realización del verbo típico en sentido literal, deberían considerarse preparatorias, y por lo tanto impunes.

Así pues, las conclusiones a las que los puntos de vista esbozados conducen podrían resumirse, muy sintéticamente, de la siguiente manera: en los delitos de peligro abstracto, dentro del círculo de conductas sólo formalmente típicas (por poner en peligro y lesionar el bien jurídico supraindividual), habría otro círculo de conductas además materialmente típicas (por poner en peligro el bien jurídico individual), de modo que tan sólo éstas últimas deberían considerarse punibles con arreglo a las finalidades de protección de estas modalidades delictivas y a los criterios que suministra la teoría de la imputación objetiva. Al ser además conductas estructuralmente idénticas a la tentativa inidónea, consumarían el delito de peligro abstracto. Los comportamientos que no reúnan estas características, al no generar un peligro jurídico-penalmente desaprobado para el interés individual, deben reputarse atípicas, no constitutivas de una tentativa de un delito de peligro abstracto, aunque realicen formalmente la descripción típica al poner en peligro y lesionar el interés supraindividual expresamente tutelado.

Todo ello lleva a rechazar una configuración diferenciadora de los delitos de peligro abstracto, en el sentido de que sea posible identificar varias categorías dentro de ellos. En esta línea, cuándo un concreto delito de peligro abstracto no sea compatible con el concepto general elaborado sobre esta categoría, la única actitud posible pasa por denunciar su ilegitimidad en términos político-criminales, por ser insuficiente la carga de lesividad que con él se manifiesta. Esta situación se dará cuando ni siquiera la conducta prevista en abstracto por el legislador – no la concretamente realizada – sea adecuada para lesionar un interés individual esencial conforme a las reglas empíricas comúnmente admitidas. En este caso el tipo, al carecer de una referencia tácita a un interés individual, ni siquiera mediante una interpretación teleológica podrá expresar el mínimo componente de lesividad imprescindible para justificar una reacción penal frente a las conductas que lo realicen, de modo que el ilícito resultante será meramente formal al basarse en el simple quebrantamiento de la vigencia de la norma (a través de la puesta en peligro y lesión del bien jurídico supraindividual tutelado). Según ello, la lesividad de la conducta para un interés individual, en términos de abstracta puesta en

peligro en el caso concreto, se presenta como una exigencia innegociable de la teoría de la imputación objetiva común a cualquier tipología delictiva. En el caso de los tipos de peligro abstracto, cuando ello suceda se habrá producido la consumación del delito. En cambio, cuando no pueda afirmarse que la conducta individualmente considerada es peligrosa para el interés individual, la misma quedará fuera de los límites mínimos a partir de los cuales la intervención penal puede ser legítima, de modo que el comportamiento no será constitutivo de una tentativa de un delito de peligro abstracto, sino penalmente atípico.

Seguramente, una de las causas de las dificultades con las que muchas veces topan tanto la doctrina científica como la jurisprudencial para hallar un contenido de injusto material en los delitos de peligro abstracto es que en ellos la exigencia de peligro para el objeto material del delito no está literalmente prevista en el tipo penal. Ahora bien, la ausencia de una referencia típica expresa a la peligrosidad de la conducta, no impide deducirla teleológicamente de las finalidades de protección del tipo. Por lo tanto, sobre la base de lo expuesto, es posible someter a una revisión crítica dos de las aseveraciones con las que más persistentemente se ha intentado caracterizar a los delitos de peligro abstracto. En primer lugar, la relativa a la circunstancia de que en esta clase de tipos es el legislador quien, a partir de juicios de experiencia, selecciona las formas de comportamiento peligrosas para el bien jurídico-penal, sin que sea necesario proceder en el caso concreto a una comprobación de la adecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico. Y en segundo lugar, la concerniente a la supuesta independencia valorativa de los bienes jurídico-penales supraindividuales respecto de intereses individuales. Ambas circunstancias están entre las causas del enfoque preminentemente formal con el que usualmente los delitos de peligro abstracto han sido interpretados.

En el terreno jurisprudencial, la situación descrita ha derivado en una doctrina no uniforme, por lo que sigue viva la polémica en relación con las cuestiones apuntadas. En general, estimo que las soluciones que ofrece la jurisprudencia para los casos problemáticos no son completamente satisfactorias, lo que a mi juicio se debe a un empleo ambiguo de los conceptos de peligrosidad y de bien jurídico. Amplios sectores parten de la admisibilidad conceptual de tentativa en los delitos de peligro abstracto, a lo que inmediatamente añaden que la misma tan sólo puede existir con carácter restrictivo. Para llegar a esta solución entiendo que estas corrientes mezclan de modo

equivoco aspectos *ex post* y *ex ante* del hecho en el examen de la peligrosidad de la conducta, por lo que los comportamientos que se conciben como supuestos de tentativa o bien serían en realidad penalmente atípicos o bien serían constitutivos de un tipo consumado. Por otro lado, el surgimiento de tentativa, ni que sea con carácter residual, estimo que sería incompatible con la concepción de los bienes jurídico-penales supraindividuales que estos sectores utilizan, según la cual éstos serían totalmente independientes de intereses individuales. En mi opinión contribuiría a corregir los defectos de estas construcciones jurisprudenciales la visión aquí defendida, en la que el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto se corresponde con una tentativa inidónea de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un bien jurídico individual, si bien adicionalmente incorpora la puesta en peligro de un bien jurídico supraindividual y su posterior concreción en un resultado de lesión del mismo⁷²³. La comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea de un delito de lesión del bien jurídico individual correspondiente, serviría para clarificar la dimensión exclusivamente *ex ante* del juicio de peligro que sustantiva el injusto de estas modalidades delictivas, así como para resaltar la necesidad de poner en relación la conducta con un interés individual como mecanismo para evitar incurrir en una interpretación formal del objeto de protección y de la modalidad de ataque. Estimo en definitiva que sólo a través de este esquema los delitos de peligro abstracto pueden expresar la carga de lesividad mínima para desencadenar una reacción penal.

Considero, p.ej., que no resulta satisfactorio considerar que una entrega de droga controlada policialmente constituye una tentativa de un delito contra la salud pública (art. 368 CP), como ha hecho la jurisprudencia en casos en los que se remite un paquete postal desde el extranjero con cocaína y la policía permite de forma controlada que viaje hasta la empresa dónde va recogerlo el acusado, procediendo a su detención una vez lo ha retirado (SSTS 2354/2001, 12 de diciembre; 835/2001, de 12 de mayo)⁷²⁴. Para justificar la calificación como tentativa inidónea se alega que la droga no ha llegado a encontrarse bajo el dominio del sujeto activo, habida cuenta de que éste no ha obtenido una efectiva disponibilidad sobre la misma por falta de tenencia (material o inmaterial, directa o indirecta). Ahora bien, este razonamiento del TS, a mi juicio equivocado, denota una cierta confusión entre aspectos *ex ante* y *ex post* del hecho,

⁷²³ Como señala DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 54, “esta posición se basa en la idea de que existen supuestos en los que la peligrosidad *ex ante* no se ve corroborada *ex post* y que, pese a ello, no tendría sentido *ab initio* considerar impunes, y tiene su razón de ser en la función de motivación a través de la amenaza de la pena que debe ejercer el Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos, atenta por lo demás al momento en que el mensaje prescriptivo de la norma debe poder ejercer ya su influencia”.

⁷²⁴ Cfr. REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas...*, pp. 152 y ss.

puesto que sí ha existido disponibilidad potencial sobre la droga (en la medida que desde un punto de vista *ex ante* la droga ha estado objetivamente a disposición del sujeto). La ausencia de disponibilidad efectiva es un dato sólo perceptible *ex post*, de modo que no influye en el juicio acerca de la peligrosidad de la conducta (acerca de la disponibilidad potencial), ni por lo tanto degrada la consumación a tentativa. No obstante, si se estima que ni siquiera *ex ante* la conducta es adecuada para obtener disponibilidad sobre la sustancia (potencial o efectiva), la conducta, pese a poder subsumirse formalmente en el tipo, debe considerarse penalmente atípica con arreglo a criterios materiales, no constitutiva de una tentativa de un delito contra la salud pública, al no generar un peligro para el bien jurídico suficientemente intenso como para estar jurídico-penalmente prohibido, es decir, para entrar dentro de las finalidades de protección del tipo.

Sin embargo, si se entiende que la conducta era potencialmente adecuada para poder disponer efectivamente el sujeto de la sustancia (como parece razonable pensar), al incurrir éste en un error ontológico en el que también habría incurrido un espectador objetivo (error invencible), la conducta debería ser punible al corresponderse dicho error con el error de tipo al revés propio de la tentativa inidónea en un delito de lesión de un interés individual. Y al ser lo característico de los delitos de peligro abstracto la elevación a la categoría de consumación de lo que estructuralmente sería una tentativa inidónea de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un interés individual, no cabría apreciar en este caso tentativa de un delito de peligro abstracto, sino que éste se habría realizado en grado de consumación. Así pues, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta sería objetivamente adecuada para lesionar los valores individuales y supraindividuales protegidos por el tipo, toda vez que el espectador objetivo, al disponer de los mismos datos sobre la situación que el autor, también ignoraría el control policial que existe sobre la entrega de la sustancia. Por lo tanto, el delito debería reputarse consumado por más que en una perspectiva *ex post*, a partir de todos los datos sobre el hecho, se compruebe que ninguno de los intereses tutelados ha sido puesto en peligro ni siquiera puesto en una situación de concreto peligro como consecuencia de la vigilancia y consiguiente intervención policial.

Ahora bien, puede suceder que la detención de los sujetos se produzca en un momento en el que todavía no pueda entenderse formalmente realizado ninguno de los verbos literalmente típicos, según el plan del autor valorado objetivamente. Pero en este caso la solución no es entender que el delito se ha realizado en grado de tentativa, sino considerar que la conducta es preparatoria de un delito contra la salud pública y por lo tanto impune. Sin embargo, lo anterior no obsta que en relación con este concreto tipo de delito sea particularmente difícil advertir actos preparatorios, como consecuencia de la normativización y amplitud de algunas de las modalidades comisivas, en la medida que la simple “promoción, favorecimiento o facilitación” del consumo ilegal de drogas tóxicas ya inicia su ejecución. Con todo, si en relación con los delitos contra la salud pública resulta complicado imaginar supuestos de actos

preparatorios no es porque éstos sean conceptualmente inconcebibles, sino porque el legislador ha optado por considerar que inician la ejecución del tipo consumado conductas muy lejanas de la efectiva lesión del bien jurídico individual. Ello no obstante, la realización de cualquiera de éstas supone la consumación del delito, no su realización en grado de tentativa.

Por lo tanto, en el supuesto planteado en ningún caso podría existir tentativa, si bien la conducta podría ser penalmente atípica en caso de no iniciar la ejecución del tipo (por razones formales), lo que como se ha dicho es ciertamente difícil que ocurra por la amplitud con la que éste se ha articulado; o en caso de que el comportamiento, pese a realizar formalmente el tipo, no genere un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para el interés individual según las finalidades de protección del tipo (por razones materiales). Así las cosas, desde una perspectiva formal, la simple concertación telefónica entre los sujetos que deben participar en la entrega, ya integra el significado de un acto de “promoción, favorecimiento o facilitación” del consumo ilegal de drogas tóxicas. Por lo tanto, si se entiende que esta conducta inicia la ejecución, el tipo tendría que reputarse consumado. Sin embargo, de estimarse desde un prisma material que el comportamiento en cuestión no es *ex ante* suficientemente adecuado para provocar una lesión en la salud individual de las personas, la solución pasaría por considerar el hecho penalmente atípico (no como constitutivo de una tentativa de un delito contra la salud pública). Por el contrario, de ser detenidos los sujetos justo en el instante en el que se disponían a efectuar físicamente la entrega de la droga, la conducta podrá subsumirse formalmente en alguno de los verbos literalmente típicos, y además podrá considerarse que genera un riesgo penalmente no permitido para la salud de las personas. Así pues, que sea difícil imaginar actos preparatorios en un delito contra la salud pública por la amplitud del verbo típico, no habilita para apreciar tentativa en él, puesto que todas las conductas formal y materialmente típicas consuman el delito. El dato de que *ex post* se compruebe que el bien jurídico individual no podía ser lesionado no convierte en tentativa la consumación, al producirse ésta última con la simple realización de una tentativa inidónea de un delito de lesión del interés individual (la salud e integridad física de las personas). Por lo tanto, los actos muy lejanos respecto de la lesión del bien jurídico individual no pueden considerarse constitutivos de tentativa de delito, de modo que la única solución posible pasa por considerarlos penalmente atípicos, ya sea porque no realizan formalmente la descripción típica, en cuyo caso serían actos preparatorios impunes (si bien como se ha dicho esta hipótesis resulta difícilmente imaginable por la amplitud con la que se concibe el inicio de la ejecución); bien porque, pese a realizar formalmente el tipo, no generan un riesgo penalmente relevante para el interés individual.

Idéntico esquema cabe aplicar a los supuestos en los que es un agente provocador quien interviene en la perpetración de un delito contra la salud pública⁷²⁵. En este caso desde la

⁷²⁵ El agente provocador debe deslindarse conceptualmente del agente encubierto. Éste último es un empleado o funcionario público que se infiltra, voluntariamente y por decisión de una autoridad judicial, en el interior de la organización delictiva. En algunos casos el agente encubierto puede comportarse como un agente provocador, quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que

perspectiva del agente provocador no cabría afirmar que la conducta es peligrosa para lesionar los intereses protegidos por el delito en cuestión (ni los individuales ni los supraindividuales), puesto que un espectador objetivo colocado en su posición dispondría de los mismos conocimientos sobre la situación que él, y por lo tanto no llegaría a la conclusión de que la conducta es *ex ante* objetivamente adecuada para producir el resultado que el tipo trata de evitar (o cuanto menos que genera un peligro jurídico-penalmente desaprobado para los intereses tutelados). Por el contrario, desde la perspectiva de los demás sujetos que intervienen en el hecho, un espectador objetivo colocado en su posición, con los conocimientos que ellos disponen de la situación (es decir, ignorando la participación de un agente provocador) sí estimaría que la conducta es capaz de lesionar los intereses protegidos, por lo que el tipo se habría consumado, con independencia de los datos puestos de manifiesto con posterioridad al hecho para ellos *ex ante* no advertibles (que en el hecho participaba un agente provocador). Es decir, el delito de peligro abstracto se habría realizado completamente porque en él la consumación se corresponderse estructuralmente con una tentativa inidónea de un delito de lesión del interés individual (la salud e integridad física de las personas), a la que hay que añadir la puesta en peligro concretada en la lesión del interés supraindividual (la salud pública). De esta manera la conducta del agente provocador no sería objetivamente imputable, mientras que la de los demás sujetos consumaría el delito contra la salud pública.

Cabe concluir entonces que tanto la tentativa como los delitos de peligro incriminan la puesta en peligro de un bien jurídico individual, si bien cuando éstos últimos tutelan además un interés supraindividual el tipo también exige la lesión del mismo a través de una conducta adecuada para ello. Si ambas figuras son estructuralmente idénticas, la única diferencia entre ellas sería que mientras la tentativa se incorpora en la Parte General como un “dispositivo amplificador del tipo”, los delitos de peligro se conforman como una modalidad autónoma de conducta punible en la Parte Especial. Según ello, como se ha dicho, hablar de una tentativa de delito de peligro abstracto supondría admitir una “tentativa de tentativa de delito”. Por lo tanto, en los delitos de peligro abstracto el legislador asigna el rango de delito consumado de peligro a una conducta que en sí misma puede considerarse una tentativa inidónea de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un interés individual.

Por el contrario, en los delitos de peligro concreto sí que podría apreciarse tentativa cuando ninguno de los posibles objetos materiales del delito entre dentro del radio de

el instigado sea “descubierto” en su actividad delictiva, con el objeto de que sea detenido. Vid. EDWARDS, *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 56 y ss.

eficacia causal de la conducta. Ahora bien, en una tentativa de un delito de peligro concreto la gravedad del injusto sería la misma que en caso de haberse consumado, al no modificar la circunstancia de que se produzca o no un resultado de peligro concreto el juicio acerca de la peligrosidad de la conducta a través del que con carácter exclusivo se conforma el injusto. Por lo tanto, la atenuación obligatoria de la pena propia de la tentativa respondería a razones de necesidad de pena, pero no de merecimiento, al no alterar las consecuencias *ex post* del acto la entidad del injusto. Sin embargo, si la abstracta puesta en peligro del bien jurídico está prevista como un autónomo tipo de delito, debe entenderse que la conducta realiza un delito de peligro abstracto consumado, no una tentativa de un delito de peligro concreto, al tratarse en ambos supuestos de la misma modalidad de ataque contra el mismo bien jurídico, en cuyo caso el precepto que prevé el tipo consumado (el delito de peligro abstracto) debe desplazar el que contempla el tipo intentado (el delito de peligro concreto) en virtud de las reglas rectoras en materia de concursos de leyes (en concreto por aplicación del principio de subsidiariedad previsto en el art. 8.2 del CP). Así pues, en atención a que normalmente junto a cada delito de peligro concreto se prevé el correspondiente delito de peligro abstracto, en la práctica son muy pocos los supuestos en los que puede existir una tentativa de un delito de peligro concreto⁷²⁶.

Por otro lado, procede subrayar que algunos de los supuestos que determinados sectores doctrinales resuelven como tentativas de un delito de peligro abstracto serían en realidad atípicos por no iniciar la conducta la ejecución del tipo. Así, en relación con el delito de incendio forestales del art. 352 CP, pueden advertirse dos modalidades distintas: una de peligro concreto, al exigir expresamente el tipo la causación de “un peligro para la vida o integridad física de las personas”; la segunda, de peligro abstracto, en la medida que en ella no se requiere que ningún concreto objeto material del delito entre en el radio de eficacia causal de la conducta, es decir, cuando no concurra tal peligro para la vida o la integridad física de las personas. Pues bien, un sector de la doctrina cree posible considerar que se realiza la modalidad de peligro abstracto en grado de tentativa cuando alguien, tras adquirir el combustible, es detenido

⁷²⁶ Si se parte de una concepción dualista del injusto, no puede existir una tentativa de un delito de peligro concreto, como expone DEMETRIO CRESPO, *La tentativa...*, p. 52: “la identidad estructural de la tentativa y los delitos de peligro concreto traería consigo la disolución conceptual de una tentativa de un delito de peligro concreto, pues el resultado de peligro conforma ya justamente el ‘resultado’ que da lugar a la consumación en un delito de peligro concreto”.

justo en el momento que enciende la mecha que inmediatamente después debería haber desencadenado la conflagración. Según el modelo de interpretación de los delitos de peligro abstracto defendido ésta no sería una solución satisfactoria. Según él, en una primera hipótesis cabría sostener que la conducta no realiza el verbo típico en sentido literal según el plan del autor valorado objetivamente, toda vez que encender la mecha sería un acto preparatorio de la ejecución, y por lo tanto previo a “incendiar”. Es decir, sería una conducta anterior a la prevista literalmente en el tipo, y consecuentemente no iniciaría la realización del tipo de peligro abstracto.

En una segunda hipótesis, podría entenderse que la conducta consistente en encender la mecha se configura como uno de los movimientos corporales que semánticamente conforma un concepto más amplio y genérico, esto es, el verbo típico en sentido literal. Desde esta perspectiva podría entenderse que el significado gramatical del verbo “incendiar” está compuesto por la suma de una serie de actos más específicos, como colocar el combustible, esparcirlo por el suelo, colocar la mecha, encender la cerilla, acercar la cerilla a la mecha, encender la mecha, etc. Si se entiende que globalmente estos actos constituyen el significado del verbo “incendiar” – entre otros motivos, por su proximidad respecto de la consumación en términos temporales y de peligro –, podrá decirse que la conducta es formalmente típica. Ahora bien, si se entiende que la conducta no es *ex ante* suficientemente peligrosa para el interés individual (la vida o la integridad física de las personas), habrá que llegar a la misma solución de impunidad que en la primera hipótesis. Por el contrario, en caso de que se considere que la conducta es adecuada para lesionar el bien jurídico individual, por no ser por ejemplo *ex ante* objetivamente previsible que alguien evitará la deflagración (en este caso la policía), el delito de peligro abstracto se habrá consumado, al bastar para estos efectos con la realización de una conducta abstractamente peligrosa para la vida o la integridad física de las personas. Se comprueba de esta manera que existen dos vías para llegar a una solución de impunidad, una basada en la estructura formal del tipo de peligro abstracto, la otra en las razones materiales del fundamento de su punibilidad, mientras que si se opta por el castigo de la conducta sólo puede ser a través de la consumación, no de la tentativa. Personalmente me decanto por considerar que la actuación no encaja a nivel formal en la descripción típica, por cuanto no puede afirmarse que el sujeto ha provocado un incendio – o mejor dicho, que ha “incendiado” –, en el sentido de prender fuego al objeto físico sobre el que el mismo debería haber recaído. Así las

cosas, si la punición de la tentativa inidónea no vulnera los principios de merecimiento y necesidad de pena, debe decirse lo mismo cuando la misma conducta se eleva a la categoría de tipo consumado a través de un delito de peligro abstracto.

A los efectos de contrastar la viabilidad político-criminal y dogmática del modelo de interpretación de los delitos de peligro abstracto por el que se ha abogado, en el sentido de contemplar su tipo objetivo como una tentativa inidónea de un delito de lesión o peligro concreto de un interés individual en el que además puede requerirse la lesión de un bien jurídico supraindividual a través de una conducta en el momento de realizarse objetivamente adecuada para ello, a continuación van a resolverse con arreglo a estos parámetros algunos supuestos que podrían presentarse como problemáticos, los cuales han sido enunciados con carácter introductorio en el Capítulo I. Pese su distinta morfología, los delitos que se estudiarán tienen común, por una parte, que con ellos se tutela de forma más o menos directa un interés supraindividual; por otra, que en función de cómo se conciba la relación de riesgo entre la conducta y el bien jurídico, así como los fines de protección del tipo, se presentan variaciones de calado en términos de punición / impunidad. Obviamente, con ello no se abordarán todos los aspectos que se concitan alrededor de los concretos delitos de peligro abstracto sometidos a examen, sino que sólo se expondrá el diferente tratamiento que puede dispensarse a casos específicos en función de cuál sea la forma de interpretar el objeto jurídico protegido, así como las modalidades de ataque contra éste previstas en la descripción típica. Según se verá, este diferente tratamiento puede consistir en defender la impunidad o la punibilidad de la conducta, pero en este segundo caso sólo como delito de peligro abstracto consumado, en ningún caso como tentativa de un delito de peligro abstracto.

Desde la perspectiva de la tipicidad material, la comparación de la parte objetiva de los delitos de peligro abstracto con la de la tentativa inidónea obliga a recalcar una serie de consideraciones. En los delitos de lesión y de peligro concreto la imputación objetiva se fundamenta en la creación de un riesgo para el bien jurídico penalmente desaprobado, el cual se realiza en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del mismo. Pues bien, en los delitos de peligro abstracto se da un esquema en cierta medida inverso, puesto que lo decisivo para su punibilidad es que la causa que determina la no producción de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro no sea *ex ante* objetivamente previsible. Si la causa de inidoneidad de la conducta únicamente se

revela *ex post*, la conducta consuma el delito de peligro abstracto, en la medida que puede equipararse a una tentativa inidónea de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un interés individual. En cambio, si tal causa de inidoneidad es *ex ante* objetivamente previsible, la conducta debe quedar impune al corresponderse estructuralmente con una tentativa irreal. En coherencia con ello, incluso deberían quedar impunes aquellos comportamientos en los que *ex ante* no sea objetivamente detectable un peligro relevante para el bien jurídico, pero *ex post* lo lesionen o coloquen en una situación de peligro concreto. En otros términos, lo relevante en los delitos de peligro abstracto es que la causa en virtud de la cual el peligro abstracto no se concrete en una lesión o concreta puesta en peligro del objeto material del delito, no sea objetivamente previsible en el momento de actuar, de modo análogo a lo que sucede en la tentativa inidónea, cuya punibilidad exige exactamente lo mismo, es decir, que no pueda conocerse con anterioridad al hecho el factor que determina el fracaso del intento.

V. Casos prácticos como banco de pruebas

1. Supuesto nº 1: delitos contra la seguridad vial (art. 379.2 CP)

“En relación con el art. 379.2 CP, el sujeto A, quien presenta una tasa de impregnación etílica superior a 0,60 mg/l por litro de aire espirado, se dispone a desaharcar su vehículo, desplazándolo levemente (a penas medio metro), momento en que un agente de policía toca la ventana y le ordena detener la marcha, por lo que no llega a incorporarse a la zona de la vía por dónde circulan los vehículos”.

En este caso la posibilidad de sancionar penalmente la conducta debe estudiarse desde la perspectiva del delito contra la seguridad vial previsto en el segundo inciso del art. 379.2 CP⁷²⁷, por medio del que se incrimina la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro

⁷²⁷ Sobre los orígenes de los delitos contra la seguridad vial en la legislación española, GONZÁLEZ CUSSAC / VIDALES RODRÍGUEZ, “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en *Seguridad Vial (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Coords. Vidales Rodríguez / Mera Redondo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195 y ss.

o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro⁷²⁸. Podría convenirse que la seguridad vial es el contexto en el que la circulación rodada puede desarrollarse en condiciones de seguridad (aspecto supraindividual del bien jurídico)⁷²⁹ para preservar la vida y la integridad física de quiénes participan, o pudieran participar como potenciales “usuarios”, en este sector de actividad (aspecto individual del bien jurídico). En general la jurisprudencia admite que sólo a través de la identificación de este aspecto “personal” en la seguridad vial pueden combatirse las críticas de quienes estiman que las conductas incriminadas en esta materia deberían quedar reservadas para el ámbito del Derecho administrativo sancionador, al no reclamar una reacción específicamente penal⁷³⁰. Por lo tanto, junto al conjunto de condiciones necesarias para que la circulación se efectúe dentro de los márgenes de la normalidad, se protege también la vida y la integridad física de las personas (por todas, SSAP Madrid 175/2012, de 12 de marzo; Madrid 1164/2011, de 2 de diciembre; Alicante 6/2015, de 9 de enero)⁷³¹.

Según ello, la seguridad vial podría conceptualizarse desde la óptica del Derecho Penal, en una definición unitaria que abarque tanto la dimensión individual como la supraindividual del bien jurídico, como el conjunto de condiciones fijadas por el Ordenamiento jurídico en las que la conducción de un vehículo a motor represente un riesgo jurídico-penalmente permitido para la vida y la integridad física de las

⁷²⁸ Sobre los problemas de legitimidad que se plantean en materia de delitos contra la seguridad vial, al configurarse ilícitos formales, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1.023 y ss.

⁷²⁹ El aspecto supraindividual del bien jurídico podría configurarse como una de las parcelas de la seguridad colectiva. Ahora bien, si la seguridad vial se desliga de su dimensión individual, “es un concepto carente de un contenido conceptual propio que vaya más allá de una pura referencia formal a la normativa administrativa que regula el ámbito de la circulación rodada, convirtiendo estos delitos en puros delitos formales. El objeto de protección, definido en estos términos, impide cumplir una de las funciones que se asigna al bien jurídico, como es servir de criterio para la selección de conductas punibles, estableciendo un límite a la intervención punitiva”. Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ / GARCÍA DEL BLANCO / MARTÍN LORENZO / SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “Delitos contra la seguridad vial: cuestiones comunes”, en *Protección Penal de la Seguridad Vial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 27.

⁷³⁰ Sobre el principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos en materia de delitos contra la seguridad vial, LUZÓN PEÑA, “Posible reformas de los delitos de circulación”, en *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 32 y ss.

⁷³¹ Señala GALLEGU SOLER, “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”, en *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 158, en relación con el art. 379.2 CP, que el legislador “ha optado por un modelo que ha venido a denominar de ‘control del riesgo tolerable’ a partir de la consideración de que, en todo caso, tanto la superación de una determinada velocidad como la superación de un determinado grado de alcohol, de suyo, implican un peligro inaceptable para la seguridad en el tráfico. Es por tanto un modelo que acoge el criticable sistema de los denominados delitos de ‘peligro presunto’”.

personas⁷³². En esta línea, las pruebas de detección ética se consideran instrumentalmente dirigidas a la evitación de homicidios y lesiones imprudentes⁷³³, toda vez que la conducción de automóviles requiere inexcusablemente de unas condiciones psicosomáticas de concentración, atención, destreza y pericia que aseguren un mínimo dominio del vehículo y de sus mandos. Así las cosas, para la tipificación de la mencionada conducta el legislador ha partido de una regla de experiencia indicativa de su peligrosidad para el bien jurídico⁷³⁴, habida cuenta de que la impregnación alcohólica normalmente dificulta, limita o restringe, cuando no anula, la capacidad de dominio del vehículo, al mermar las condiciones de atención y lucidez que exige una adecuada utilización del mismo, es decir, al privar de la rapidez de reflejos y de decisión que caracterizan a un “buen conductor”⁷³⁵.

En cuanto a la conducta típica, resulta evidente que el concepto de conducción de un vehículo a motor presenta un cierto grado de abstracción o normativización, al englobar su significado varias circunstancias fácticas, saber: que el sujeto controle el mecanismo de dirección del vehículo, que el motor esté en marcha, y que sea el motor el que impulsa el movimiento del vehículo⁷³⁶. Ahora bien, la conducción en determinadas circunstancias sólo es típica cuando la longitud y el resto de las circunstancias del trayecto recorrido (o que se pretendía recorrer) pongan en peligro la vida o la salud de terceros (SAP Castellón 138/2010, de 23 de abril). Por otro lado, para la relevancia penal de la conducción es necesario que la misma entre dentro del ámbito de aplicación del RDL 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, previsto en su art. 2, de modo que la circulación del vehículo ha de tener lugar por “vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos”, “vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común” o “vías y terrenos privados que sean utilizados

⁷³² CARDENAL MONTRAVETA, “Delitos contra la seguridad vial (arts. 379-385 ter)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 544.

⁷³³ Sobre los aspectos criminológicos de la seguridad vial, entre los que destacan las altas tasas de siniestralidad relacionadas con la circulación de vehículos a motor, GONZÁLEZ CUSSAC / VIDALES RODRÍGUEZ, “Los nuevos delitos contra la seguridad vial...”, pp. 195 y ss.

⁷³⁴ Vid. GALLEGO SOLER, “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)...”, pp. 168 y ss.

⁷³⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 593.

⁷³⁶ Algunos autores entienden que sí conduce quien deja deslizar el vehículo por una pendiente y lo maneja en un tramo considerable y a una cierta velocidad. Al respecto, MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, p. 119.

por una colectividad indeterminada de usuarios”⁷³⁷. En relación con las condiciones específicas en las que debe desarrollarse la conducción para que la misma realice el delito previsto en el segundo inciso del art. 379 CP, basta con la superación de las tasas de impregnación ética previstas en el tipo⁷³⁸, por lo que no es necesario que la peligrosidad de la conducta pueda advertirse en el movimiento físico del vehículo, ni tampoco en una conducción irregular o antijurídica (SAP Barcelona 566/2009, de 22 de julio)⁷³⁹.

Sentado lo anterior, las observaciones formuladas en orden a la estructura y al fundamento de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto permiten en principio solucionar el supuesto planteado de distintas maneras. Todas ellas conducirían a defender la impunidad del hecho o su castigo como delito consumado, pero en ningún caso sería posible contemplarlo como una tentativa de este delito de peligro abstracto. La circunstancia de que el sujeto sea sorprendido por un agente de policía en el momento en que estaba desapareciendo el vehículo, y de que por lo tanto no pueda proseguir la marcha, no convertiría la consumación en tentativa inidónea al no ser este dato sobre el hecho *ex ante* objetivamente cognoscible. Y en el supuesto de que lo fuera, el comportamiento se correspondería estructuralmente con una tentativa irreal, y consecuentemente entraría en el terreno de la impunidad penal. Imaginemos que, por el motivo que sea, el sujeto sabía que era altamente probable que en el momento de emprender la marcha del vehículo sería interceptado por este agente de policía (p. ej. porque éste lo estaba persiguiendo previamente a muy poca distancia). Pues bien, en este caso el espectador objetivo, quien tendría los mismos conocimientos de la situación del autor, no afirmaría que la conducta es *ex ante* adecuada para menoscabar la seguridad vial (al ser muy previsible que el agente de policía logre evitar la prosecución de la marcha del vehículo). Por lo tanto, como decía, en ningún caso el hecho sería constitutivo de una tentativa punible de delito contra la seguridad vial.

⁷³⁷ Aunque el art. 379.2 CP no exige de manera explícita que la conducción tenga lugar en alguna de estas vías, una interpretación teleológica del mismo lleva a exigir este requisito. Si la finalidad del precepto es proteger los bienes jurídicos individuales de quienes en un momento determinado intervienen en el tráfico rodado, es evidente que la conducta típica debe ejecutarse en alguna de las vías mencionadas al ser allí donde interactúan los distintos participantes de la circulación vial. *Ibidem*. p. 122.

⁷³⁸ Vid. LUZÓN PEÑA, “Posible reformas de los delitos de circulación...”, pp. 32 y ss.

⁷³⁹ Vid. GALLEGO SOLER, “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)...”, p. 170. En idéntico sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en *Protección Penal de la Seguridad Vial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 81 y ss.

Descartada su punición como tentativa inidónea, una primera opción sería entender que la conducta no encaja formalmente en el tipo en la medida que el vehículo no llega a incorporarse totalmente, ni por lo tanto a circular, por alguna de las vías previstas en el art. 2 del RDL 6/2015, de 30 de octubre⁷⁴⁰. Desde esta perspectiva, en principio se cumplirían los requisitos comunes a todos los delitos contra la seguridad vial articulados alrededor de la conducción de un vehículo a motor (el sujeto controla el mecanismo de dirección del vehículo, el cual se desplaza físicamente como consecuencia de la propulsión del motor), así como los específicos de la modalidad delictiva en estudio (la conducción se realiza superando la tasa de impregnación etílica contemplada en el tipo). Ahora bien, podría sostenerse que falta uno de los presupuestos previstos genéricamente para todos los delitos de peligro abstracto articulados alrededor de la idea de conducción, el relativo a la circulación por alguna de las vías previstas en el art. 2 del RDL 6/2015, de 30 de octubre, en la medida que el vehículo “está” en una de estas vías pero es discutible que llegue a “circular” por ella al ser sorprendido por el agente de policía antes de incorporarse a la zona de la misma destinada a ello⁷⁴¹.

A idéntica conclusión se llegaría de entenderse que, al no referirse el delito a las vías previstas en el art. 2 del RDL 6/2015, de 30 de octubre, la exigencia de que la conducción tenga lugar por la zona destinada a la circulación de alguna de ellas se desprende de una interpretación teleológica del tipo, al no entrar dentro de las finalidades de protección del este último evitar la conducción – en las circunstancias en él descritas – por una vía distinta de las recogidas en el citado precepto extrapenal, o por alguna de sus zonas no específicamente habilitadas para la circulación de vehículos a motor. Podría afirmarse entonces que la no finalización de la maniobra de salir del estacionamiento determina la ausencia de un riesgo jurídico-penalmente no permitido para el bien jurídico. Ahora bien, esta solución no resulta plausible ya que, de afirmarse la coincidencia formal entre la conducta y el tipo, no podría excluirse la punibilidad de la conducta con arreglo a criterios materiales, al no ser *ex ante* objetivamente previsible que la conducta no llegue a incorporarse a una de las vías descritas, o a alguna de las

⁷⁴⁰ Vid. MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 117 y ss.

⁷⁴¹ Sobre el lugar de comisión del delito, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ / GARCÍA DEL BLANCO / MARTÍN LORENZO / SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “Delitos contra la seguridad vial: cuestiones comunes...”, pp. 41 y ss. Señalan las autoras que lo relevante no es que la propiedad de la vía sea pública, sino que esté destinada a un uso público. Estiman además que nos encontramos ante una vía pública en aquellos casos en los que la conducción se lleva a cabo en la zona de estacionamiento de un lugar público.

zonas de las mismas habilitadas para la circulación de vehículos a motor. En otras palabras, no sería *ex ante* objetivamente cognoscible la causa que acaba determinando la no causación de una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico individual, de modo que la conducta debería ser punible en la medida que en el momento de realizarse aparecía como abstractamente peligrosa para éste⁷⁴².

Así pues, pueden reconducirse a dos las formas de solucionar el caso. Es posible excluir la punibilidad de la conducta si se entiende que la misma no realiza formalmente el tipo, al no llegar a incorporarse el automóvil a alguna de las vías mencionadas o, dentro de éstas, a alguna de las zonas destinadas a la circulación de vehículos a motor. Ahora bien, si se estima que la conducta encaja en el tenor literal del tipo, resulta inviable excluir la punibilidad de la misma con arreglo a criterios teleológicos, toda vez que la causa que acaba determinando la no circulación en los términos referidos (la intervención del agente de policía), y por lo tanto la ausencia de un resultado de peligro concreto o de lesión del bien jurídico, no era *ex ante* objetivamente previsible en el momento de actuar, de manera que el acto al emprenderse aparece como abstractamente peligroso para el bien jurídico individual, y en esta medida debería ser castigado como delito consumado, al corresponderse materialmente con una tentativa inidónea de un delito de lesión de la vida o la integridad física⁷⁴³. Debe advertirse entonces que en este caso la atipicidad penal de la conducta sólo puede proceder de los criterios utilizados para determinar el inicio de la ejecución del delito; y que, en caso de coincidir formalmente el comportamiento con la descripción típica, no podría apreciarse una tentativa del delito de peligro abstracto en cuestión ya que éste se habría consumado⁷⁴⁴.

⁷⁴² A juicio de CARDENAL MONTRAVETA, “Delitos contra la seguridad vial (arts. 379-385 ter)...”, pp. 544 y 545: “la dimensión colectiva y la autonomía de la seguridad vial se diluyen si el acento se pone en los bienes jurídicos individuales que se intenta proteger, y se exige su propia puesta en peligro. Desde esta perspectiva, la atención se desplaza hacia los bienes jurídicos personales que en cada caso concreto pueden resultar lesionados mediante la conducción de un vehículo a motor u otras conductas relacionadas con ella, y la seguridad vial puede llegar a concebirse sólo como un ámbito específico (delimitado por la referencia al peligro para bienes jurídicos individuales que representa la circulación de vehículos a motor y el espacio por el que circulan) en el que se amplía y refuerza la protección de la vida, la salud y la integridad física de las personas que proporcionan los delitos de homicidio y lesiones”.

⁷⁴³ En la medida que la conducta presenta un no insignificante grado de probabilidad de ocasionar un resultado lesivo, como subraya MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol...*, pp. 76 y ss.

⁷⁴⁴ En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 1.033, la antijuridicidad material de las dos modalidades típicas previstas en el art. 379.2 CP sólo puede descansar en una “auténtica influencia nociva en la conducción de la ingesta tóxica”.

Personalmente estimo más acertado optar por considerar que la conducta realiza formalmente el tipo, y por lo tanto que la misma resulta punible al no poder descartarse su relevancia penal con arreglo a criterios materiales⁷⁴⁵. Entender que el hecho es constitutivo de un delito de peligro abstracto (consumado) me parece la solución más convincente dado que la circulación por alguna de las vías previstas en el art. 2 del RDL 6/2015, de 30 de octubre, no es un elemento expresamente previsto en el art. 379 del CP, ni en ninguno de los preceptos penales a los que éste se refiere. Es decir, es un elemento ajeno a la descripción típica, tanto a la del propio inciso segundo del art. 379.2 CP, como a la de las disposiciones relativas a la seguridad vial a través de las cuales éste complementa su contenido. Por consiguiente, al no poder afirmarse que se trata de un elemento expresamente previsto en alguno de los preceptos legales que integran el tipo penal en cuestión, habría que afirmar la realización formal del tipo, y en consecuencia la punibilidad de la conducta, ya que desde una óptica material la no circulación por alguno de los espacios físicos mencionados no era *ex ante* objetivamente previsible (el sujeto no sabía que sería sorprendido por el policía, de modo que un espectador objetivo con los mismos conocimientos sobre la situación que él, afirmarí que la conducta era en el momento de realizarse adecuada para circular por alguna de tales zonas).

Creo en suma que la conducta consistente en maniobrar en las circunstancias expuestas para incorporar el vehículo a la zona de la vía destinada a la circulación, cuando físicamente ya se está ubicado en ella, no puede considerarse un acto preparatorio de la ejecución de un delito contra la seguridad vial. Sin embargo, en una variante del mismo caso, podría defenderse la impunidad de la conducta por razones materiales en caso de que el sujeto hubiera considerado muy probable que sería interceptado por este concreto policía (p. ej. porque le estaba persiguiendo a muy poca distancia justo antes de entrar al vehículo), en cuyo caso el hecho se correspondería con una tentativa irreal, ya que un espectador objetivo con los mismos conocimientos de la situación que el autor no consideraría previsible la causación en estas circunstancias de un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico individual, al ser

⁷⁴⁵ Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, “Delitos contra la seguridad vial (arts. 379-385 ter)...”, p. 557. Estima el autor, en relación con la modalidad de conducción superando determinadas tasas de alcohol del art. 379.2 inciso II, que es “posible la tentativa, tanto idónea (cuando el sujeto es sorprendido justo al iniciar la marcha o en el momento inmediatamente anterior), como inidónea (cuando sólo *ex ante* y con arreglo al criterio del hombre medio, más los eventuales conocimientos especiales del autor, exista un riesgo significativo de que el conductor se encuentre bajo la influencia de las sustancias mencionadas en el art. 379 y comprometa, así, la seguridad vial)”.

muy poco previsible que el sujeto pueda incorporarse a la zona de la vía destinada a la circulación de vehículos (es decir, finalizar la maniobra de desahuyar y lograr escapar de la persecución policial de la que está siendo objeto)⁷⁴⁶. En otra variante del supuesto, de no haberse llegado a producir un desplazamiento del vehículo como consecuencia de la propulsión del motor, la conducta sería impune por ausencia de antijuridicidad en sentido formal⁷⁴⁷.

2. Supuesto nº 2: delitos contra la salud pública (art. 368 CP)

“En relación con el art. 368 CP, el sujeto B introduce, sin recibir ninguna contraprestación a cambio, una pequeña cantidad de heroína en el centro penitenciario en el que su hijo se encuentra recluso para que éste pueda paliar el grave síndrome de abstinencia que padece. La entrega se produce directamente entre padre e hijo aprovechando una entrevista entre ellos, si bien el hijo en el momento en el que se dispone a consumir la sustancia se percata de que la ha perdido”.

En el supuesto anterior se ha visto como lo más razonable es considerar que la conducta es materialmente típica porque la causa que determina la ausencia de una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico (la intervención del agente de policía) no es *ex ante* objetivamente previsible. Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa se produce la situación contraria, en atención a que desde una perspectiva *ex ante* no era objetivamente previsible que el hijo perdería la sustancia, ni por lo tanto que ésta saldría de su ámbito de dominio con el consiguiente riesgo de difusión incontrolada, lo que determina que la conducta del padre no pueda ser contemplada como un acto de tráfico jurídico-penalmente desaprobado. Por lo tanto, si el supuesto nº 1 se corresponde con el tipo objetivo de una tentativa inidónea de un delito de lesión de un interés individual, el supuesto nº 2 tendría la misma estructura objetiva que la tentativa irreal, y por lo tanto debería quedar impune.

⁷⁴⁶ A favor de que el segundo inciso del art. 379.2 CP prevé una presunción *iure et de iure* acerca del carácter temerario de la conducta en relación con la seguridad vial, GONZÁLEZ CUSSAC / VIDALES RODRÍGUEZ, “Los nuevos delitos contra la seguridad vial...”, pp. 195 y ss.

⁷⁴⁷ Considera QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 1.029 y ss., que la modalidad delictiva prevista en el segundo inciso del art. 379.2 CP es inconstitucional, al no exigir el tipo que el sujeto haya puesto de relieve ninguna anomalía en la conducción.

El bien jurídico protegido por el art. 368 CP es la salud pública, cuyo concepto carece de una caracterización jurisprudencial uniforme⁷⁴⁸. Un sector minoritario considera que con ella se tutela la suma de las saludes individuales (STS 166/2005, de 8 de febrero), si bien esta tesis no resulta admisible, puesto que en este caso la salud pública sería un bien jurídico-penal de carácter supraindividual carente de toda autonomía respecto de intereses individuales, lo que haría difícil justificar que en algunos casos la abstracta puesta en peligro de la salud individual, al dirigirse el ataque al interés individual contra una pluralidad indeterminada de personas, estuviera más penada que su lesión, es decir, que cuando la víctima se halla individualmente identificada. Por el contrario, la mayoría estima que la salud pública es algo más y algo diferente de la mera suma de saludes individuales (STS 986/2003, de 2 de julio)⁷⁴⁹. De esta manera la salud pública englobaría tanto la salud del conjunto de los miembros de la sociedad (aspecto supraindividual del bien jurídico) como la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho (aspecto individual del bien jurídico)⁷⁵⁰. Esta segunda visión parece más acertada, toda vez que la protección de la salud del conjunto de la sociedad sólo tiene sentido en relación con la de los miembros que la componen⁷⁵¹. De la misma manera, la salud del conjunto de la sociedad aparece como un interés distinto de la salud de las personas que potencialmente pueden verse perjudicados por la conducta típica⁷⁵².

⁷⁴⁸ Vid. GALLEGO SOLER / VERA SÁNCHEZ, “Delitos de tráfico de drogas (arts. 368-378)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 600.

⁷⁴⁹ Para un sector minoritario de la doctrina, el delito de tráfico de drogas carece de bien jurídico, en cuyo caso se configuraría como un delito de mera desobediencia formal. Vid. GANZENMÜLLER ROIG / FRIGOLA VALLINA / ESCUDERO MORATALLA, *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 68.

⁷⁵⁰ A juicio de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, pp. 1.057 y ss., en el concepto de salud pública no puede advertirse ninguna perspectiva individual.

⁷⁵¹ La salud pública en cuanto tal aparece recogida en el art. 43.2 de la Constitución, como uno de los principios rectores de la política social: “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Sobre ello, ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, pp. 156 y ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 34 y ss.

⁷⁵² Subraya ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública...*, pp. 16 y ss., que la salud pública se presenta como un aspecto particular de la seguridad colectiva, de modo que el riesgo de las diversas conductas típicas no queda referido a individuos concretos sino a la colectividad en general. En cuanto a la relación entre salud colectiva y salud individual, la autora estima que todos los bienes jurídico-penales colectivos son “originariamente individuales y potencialmente supraindividuales”. Vid. también GANZENMÜLLER ROIG / FRIGOLA VALLINA / ESCUDERO MORATALLA, *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 68 y ss.

En cuanto a las modalidades típicas, el art. 368 CP prevé varias conductas aflictivas de la salud pública, algunas de las cuales se caracterizan por la amplitud de su significado, por lo que la intención del legislador parece ser incriminar todas las fases anteriores o preparatorias de la efectiva distribución de la sustancia, es decir, desde que la sustancia se cultiva o elabora hasta que se difunde a terceros⁷⁵³. La donación de droga también es punible, si bien en algunos casos se considera una modalidad de “tráfico” y en otros de “facilitación” (SSTS 924/2009, de 7 de octubre; 856/2008, de 10 de diciembre; 1061/2006, de 31 de octubre; 1008/2013, de 8 de enero). Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la donación no vaya dirigida a la introducción incontrolada de la sustancia en el mercado, ni por lo tanto a consumidores indeterminados, al realizarse la entrega directamente a un consumidor concreto e identificado, estimo que la conducta encaja semánticamente mejor en la modalidad de “facilitación”. Ahora bien, la calificación de uno u otro modo resulta irrelevante, puesto que en todo caso resulta indiscutible, al menos a nivel formal, la tipicidad de la conducta consistente en “donar” la sustancia⁷⁵⁴.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa la conducta coincidiría con el tenor literal del tipo, al margen de que se entienda que la donación constituye una modalidad de “tráfico” o “facilitación”. A pesar de ello, en una interpretación teleológica del precepto examinado es usual considerar que las entregas humanitarias o altruistas, caracterizadas por constituir una donación mínima a consumidores sin riesgo de difusión, quedan fuera de las finalidades de protección del tipo penal (SSTS 98/2005, de 3 de febrero; 423/2004, de 5 de abril; 1515/2003, de 17 de noviembre; 1081/2003, de 21 de julio; 401/2002, de 15 de abril)⁷⁵⁵. No cabe duda que este criterio resulta plenamente compatible con el modelo de tipo de injusto por el que se ha abogado en relación con los delitos de peligro abstracto, toda vez que, en una interpretación restrictiva, el

⁷⁵³ GALLEGO SOLER / VERA SÁNCHEZ, “Delitos de tráfico de drogas (arts. 368-378)...”, p. 603, estiman que la modalidad del art. 368 CP consistente en realizar “de cualquier otro modo actos de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal”, da cabida a casi cualquier comportamiento, incluso a los que estructuralmente serían de participación, si bien consideran que el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma desmesurada a situaciones que carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. Sobre las circunstancias agravantes, vid. GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 11 y ss.

⁷⁵⁴ GANZENMÜLLER ROIG / FRIGOLA VALLINA / ESCUDERO MORATALLA, *Delitos contra la salud pública...*, p. 127, estiman que “fuera del concepto mercantilista, presidida por la idea de lucro, debemos contemplar otras actividades en la que tal finalidad no es esencial, tal es la donación o entrega gratuita de la droga cuando persigue ampliar, no el beneficio directo, sino el círculo de posibles consumidores”.

⁷⁵⁵ Vid. GALLEGO SOLER / VERA SÁNCHEZ, “Delitos de tráfico de drogas (arts. 368-378)...”, p. 605.

principio de insignificancia indica que el peligro de la conducta para el bien jurídico individual no reviste suficiente entidad como para entrar dentro del círculo de riesgos prohibidos por el tipo (se trata en esta medida de un riesgo permitido por este último).

Ahora bien, una de las singularidades del supuesto planteado radica en que la sustancia se acaba difundiendo incontroladamente, de modo que *ex post* se produce el resultado que el tipo de peligro abstracto trata de evitar. Sin embargo, este resultado de peligro concreto o lesión del bien jurídico individual que acaba teniendo lugar, al no ser *ex ante* objetivamente previsible, no aparece como la materialización del riesgo en abstracto advertido en la conducta⁷⁵⁶. Por consiguiente, se trataría de un resultado no objetivamente imputable a la conducta. Así pues, desde un punto de vista *ex ante*, que es el único que importa en los delitos de peligro abstracto, el hecho seguiría guardando una relación de identidad con la parte objetiva de la tentativa irreal, al no crear la conducta un riesgo jurídico-penalmente no permitido de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico individual (aunque lo acabe lesionando o colocando en una situación de peligro concreto). Según ello, el comportamiento debería quedar impune pese a realizar formalmente el tipo, y pese a menoscabar desde un punto de vista *ex post* alguno de los posibles objetos materiales del delito (la salud o la vida del individuo distinto del hijo recluso que acabe consumiendo la sustancia).

No sucedería lo mismo, por ejemplo, en el caso de un sujeto que trafica con una sustancia que cree que contiene la dosis psicoactiva mínima, pero que en realidad es inocua para la salud⁷⁵⁷. En este supuesto el hecho sería punible al poder equipararse con el tipo objetivo de una tentativa inidónea de un delito de lesión de un bien jurídico individual, ya que un espectador objetivo colocado en la posición del autor incurriría en el mismo error ontológico que el autor, y por lo tanto en el momento de actuar no conocería la causa de la inidoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico que se pone de manifiesto *ex post*. Es decir, el espectador objetivo afirmaría que la conducta es apta para generar un peligro penalmente no permitido para el bien jurídico-penal individual, y en consecuencia la misma consumaría el delito de peligro abstracto

⁷⁵⁶ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública...*, pp. 62 y ss. Estima la autora que en los delitos de peligro abstracto el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que ha llevado al legislador a incriminar la conducta.

⁷⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 1.085 y ss., aboga por utilizar el término *drogas* en el tipo legal, ya que a su juicio esta denominación induce a menos confusiones y tecnicismos.

previsto en el art. 368 CP. Con ello se significa una vez más que lo relevante para la consumación de un tipo de peligro abstracto es la objetiva probabilidad de que la conducta afecte en términos negativos al bien jurídico-penal individual.

3. Supuesto nº 3: delitos de falsedad documental (art. 390 CP)

“En relación con el art. 390 CP, el sujeto C, en ejercicio de sus funciones como funcionario público, altera una resolución judicial en uno de sus elementos esenciales y la guarda en un cajón de su escritorio, con la intención de incorporarla en unos días al expediente correspondiente, siendo descubierto antes por otro funcionario”.

En este caso la punibilidad de la conducta debe analizarse desde la óptica de los delitos de falsedad documental. Según la jurisprudencia mayoritaria, en estos delitos el bien jurídico es el tráfico jurídico (aspecto supraindividual), en concreto la confianza y la seguridad de los ciudadanos de poder intervenir en éste en condiciones de igualdad, es decir, disponiendo todos ellos de la misma información necesaria para la toma de decisiones (aspecto individual)⁷⁵⁸. No se protege por lo tanto la fe pública⁷⁵⁹, entendida como veracidad o autenticidad de determinados valores, documentos o símbolos relevantes para la vida social, al no existir un derecho general de los ciudadanos a no ser engañados documentalmente, por cuanto tampoco existe un deber general de reflejar la verdad documentalmente⁷⁶⁰. El objeto de tutela no es entonces un supuesto derecho a que la información contenida en un documento se corresponda con la realidad, sino el principio de igualdad en su manifestación de derecho de todos los ciudadanos a disponer de la misma información en determinadas circunstancias (SSTS 1783/2001, de 3 de octubre; 233/2000, de 11 de febrero). La protección de este bien jurídico-penal, en su dimensión social e individual, se realiza a través de la salvaguarda de las funciones

⁷⁵⁸ Algunas voces critican la rúbrica utilizada en el CP para sistematizar estos delitos (“falsedades”) al considerarla demasiado vaga e inconcreta, a parte de que podría incluir otras infracciones que incorporan un componente de engaño. Vid. ARMENTEROS LEÓN, *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 22 y ss.

⁷⁵⁹ Sobre las múltiples acepciones del concepto de fe pública, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 38 y ss.

⁷⁶⁰ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 701. A criterio del autor, “cabe considerar que con los delitos de falsedades se quiere proteger la confianza social de ciertas relaciones, es decir, asegurar la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan a fin de permitir la fluidez en el tráfico jurídico, cuando estos símbolos son fundamentales para la estabilidad de una relación determinada”. En un sentido parecido, CARRERAS, *Los Delitos de Falsedades Documentales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 47 y ss.

atribuidas a los documentos de perpetuación, garantía y prueba (SSTS 939/2009, de 18 de septiembre; 912/1997, de 24 de junio)⁷⁶¹.

Así pues, para poder ser objeto material de un delito de falsedad documental, todo documento debe cumplir estas tres funciones⁷⁶². La función de perpetuación se refiere a la capacidad del documento para materializar una declaración en un soporte, con vocación de perpetuarse en el tiempo. Por su parte, la función de garantía guarda relación con la capacidad del documento para identificar a su autor. Por último, la función probatoria alude a la capacidad del documento para ser un instrumento de prueba de su contenido⁷⁶³. Ahora bien, el documento debe ser prueba de la declaración que se ha realizado (como documentación de una declaración), no de la veracidad de la misma, salvo cuando la Ley así lo determine⁷⁶⁴. El art. 26 CP ofrece un concepto jurídico-penal de documento al establecer que tiene esta consideración “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Esta noción de documento es más restringida que el concepto de documento como objeto material del delito en estudio, al referirse a las funciones de perpetuación (“todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones”) y probatoria (“con eficacia probatoria”), pero no a la función de garantía. Según ello, los documentos que no incorporen una manifestación de voluntad de una persona no pueden constituir el objeto material de un delito de falsedad documental⁷⁶⁵.

Por otro lado, el CP distingue varias clases de documentos, de modo que pueden ser objeto material del delito los documentos públicos, oficiales o mercantiles y despachos transmitidos por servicios de telecomunicación; los documentos privados; los certificados; y las tarjetas de crédito y débito. Aquí interesan los documentos públicos, que son aquellos autorizados por Notario o empleado público competente, con las

⁷⁶¹ GÓMEZ MARTÍN, “Delitos de falsedades”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 406.

⁷⁶² Sobre los distintos conceptos de documento, CARRERAS, *Los Delitos de Falsedades Documentales...*, pp. 50 y ss.

⁷⁶³ Vid. ARMENTEROS LEÓN, *Los delitos de falsedad documental...*, p. 69.

⁷⁶⁴ Vid. GÓMEZ MARTÍN, “Delitos de falsedades...”, p. 407.

⁷⁶⁵ Según GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 31, “la falsificación de un documento, en definitiva, destruye la confianza general de los ciudadanos en una institución que representa, ante ellos, el mejor mecanismo de prueba de la realidad, en la medida en que actúa atacando uno de sus principios básicos: el constituirse en reflejo de manera permanente y auténtica de la realidad”.

solemnidades requeridas por la Ley, lo que incluye las resoluciones y diligencias judiciales de toda especie. La especificidad de los documentos públicos radica en que hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. En el supuesto que nos ocupa, la resolución judicial manipulada puede constituir el objeto material de un delito de falsedad documental, al reflejarse en ella las tres funciones de los documentos a las que se aludido (perpetuación, garantía y prueba) y por tratarse además de un documento público. En cuanto a las diversas modalidades típicas, interesa destacar la relativa a la alteración de un elemento esencial del documento (art. 390.1.1º CP), la cual precisa la existencia previa del mismo, así como la afectación de alguna de sus funciones como consecuencia de su alteración, que puede consistir en añadir, sustituir o suprimir algo en él⁷⁶⁶.

Lo expuesto hasta ahora permite analizar el caso planteado, en primer lugar, desde el prisma de la antijuridicidad formal. En atención a que sólo pueden ser objeto material del delito los documentos que cumplan las tres funciones mencionadas (perpetuación, garantía y prueba), es necesaria la introducción del documento falsificado en el tráfico jurídico. De entenderse que el documento debe haberse introducido efectivamente en el tráfico jurídico para iniciar la ejecución del tipo, la conducta del sujeto C sería un acto preparatorio impune al ser sorprendido antes de incorporar la resolución judicial alterada en el expediente correspondiente. En cambio, si se considera que basta con la intención de introducirlo en el tráfico jurídico como elemento subjetivo del tipo, aunque todavía no se haya introducido efectivamente, la conducta del funcionario sería formalmente típica. Sólo partiendo esta segunda hipótesis (que la conducta coincide formalmente con el tipo al ser suficiente con la intención de introducir el documento en el tráfico aunque efectivamente aún no se haya introducido), tiene sentido realizar la siguiente comprobación relativa al carácter materialmente antijurídico del hecho. Desde esta perspectiva lo relevante sería la aptitud o idoneidad del documento para ser introducido en el tráfico jurídico, y por lo tanto para alterar alguna de las funciones que tiene asignadas⁷⁶⁷. Es decir, a la vista de que el documento no se acaba introduciendo efectivamente en el tráfico jurídico, debe determinarse si la causa de ello era *ex ante* objetivamente previsible. Más concretamente, si era objetivamente previsible que el

⁷⁶⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍN, “Delitos de falsedades...”, p. 412.

⁷⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 702 y ss., cuestiona el aspecto supraindividual del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, el cual consistiría en la confianza que los documentos brindan en el tráfico jurídico.

sujeto sería descubierto por un compañero antes de poder incorporar la resolución judicial alterada al expediente en cuestión⁷⁶⁸. Según ello, la potencialidad de la conducta para alterar las funciones de los documentos depende del carácter más o menos previsible de la causa de la inidoneidad que *ex post* se pone de manifiesto⁷⁶⁹.

Si no era objetivamente previsible que el compañero del sujeto impediría que éste pudiera introducir el documento en el tráfico jurídico, la conducta sería punible al ser adecuada para producir el resultado que el delito de falsedad en cuestión trata de impedir, pese a que *ex post* no lo acabe ocasionando. Podría suceder, por ejemplo, que el sujeto hubiera manipulado el documento disimuladamente, asegurándose de no ser visto por nadie, y que lo hubiera escondido en un cajón de su escritorio cerrado con llave a la espera de incorporarlo al expediente (sin saber que sería descubierto por su compañero al ignorar que éste tenía una copia de la llave del cajón). En este supuesto, un espectador objetivo con los mismos conocimientos de la situación del autor afirmaría que la conducta es adecuada para producir el resultado, en cuyo caso consumaría el delito de falsedad documental. Se daría por lo tanto una situación análoga a la vista a propósito del supuesto nº 1.

En una segunda variante del caso, imaginemos que el sujeto es conocido entre sus compañeros por haber realizado antes otras falsificaciones, que altera la resolución judicial dentro del horario laboral y en presencia de otras personas, sin adoptar ninguna medida de precaución para evitar ser descubierto, y que además deja el documento manipulado encima de su escritorio a la vista de todo el mundo⁷⁷⁰. En este caso, podría decirse que un espectador objetivo llegaría a la conclusión de que muy probablemente el sujeto será descubierto, y que por lo tanto advertiría el factor que finalmente determina la inidoneidad de la conducta (el descubrimiento de la falsificación por parte de un

⁷⁶⁸ El término “alterar” puede entenderse como sinónimo de modificar o cambiar la existencia material de un documento auténtico ya formado. Las formas mediante las que puede alterarse un documento son tanto positivas, cuando la parte afectada es sustituida por otra, como negativas, cuando se suprime o elimina alguno de los elementos esenciales del documento. Vid. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales...*, p. 114.

⁷⁶⁹ Algunos sectores doctrinales consideran que los delitos de falsedad documental son delitos de mera actividad y de peligro abstracto, mientras que otros consideran que son delitos de lesión y de resultado. Un tercer sector asigna una u otra naturaleza a cada una de las infracciones en función de la concreta modalidad de falsedad de la que se trate. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil...*, pp. 301 y ss.

⁷⁷⁰ Sobre la intención de introducir el documento falso en el tráfico jurídico como elemento subjetivo del tipo o como componente del dolo, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 367 y ss.

compañero). En este caso la conducta no sería objetivamente imputable y por lo tanto debería permanecer impune, en los mismos términos que en el supuesto nº 2. Todo esto subraya la necesidad de analizar la conducta más allá de su coincidencia formal con la descripción típica, en el sentido de valorar si individualmente considerada genera en el momento de realizarse – a la vista de las circunstancias *ex ante* objetivamente advertibles – un peligro objetivo para el bien jurídico de suficiente entidad como para estar jurídico-penalmente prohibida⁷⁷¹.

Asimismo, el caso en estudio muestra claramente como en general la punibilidad de una conducta puede descartarse tanto por razones formales como materiales. Debería rechazarse la punibilidad por razones formales si se entiende que la ejecución del tipo comienza con la introducción efectiva del documento en el tráfico jurídico. A su vez, cabría negar el merecimiento de pena de la conducta por motivos materiales si se estima que ésta, pese a ser formalmente típica, no es adecuada para lesionar el bien jurídico, es decir, si se considera que el documento alterado no es potencialmente adecuado para ser introducido en el tráfico jurídico, a la vista de las circunstancias del caso objetivamente perceptibles (ya que el espectador objetivo tendría los mismos conocimientos de la situación que el autor, y por lo tanto sabría que la alteración del documento se realizó sin adoptar ningún tipo de precaución para evitar ser descubierto antes de introducirlo en el tráfico jurídico).

4. Supuesto nº 4: delitos de incendios (art. 352 CP)

“En relación con el art. 352 CP, el sujeto D provoca el incendio de una pequeña masa forestal situada en una zona de alta montaña totalmente apartada en la que no hay nadie más, pudiendo acceder a ella sólo alpinistas expertos y en la que el frío y la nieve impiden la propagación del fuego”.

⁷⁷¹ Estima FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil...*, pp. 301 y ss., que en los delitos de falsedad documental puede existir tentativa cuando el sujeto no finaliza la acción falsaria (imaginemos, p. ej., que el sujeto ha dado inicio a un proceso relativamente largo en el tiempo para la alteración a través de medios químicos de partes de un documento, siendo interrumpido por un tercero). Personalmente creo que hasta que no concluye la acción falsaria no existe inicio de la ejecución, pues hasta entonces el documento no ha sido “falsificado”, de modo que no pueden darse supuestos de tentativa en estos delitos.

La singularidad de los incendios previstos en el art. 352 CP radica en que su objeto material son montes o masas forestales⁷⁷². Existe consenso en que el tipo protege las funciones sociales de los montes (aspecto supraindividual del bien jurídico), a las que se refiere el art. 4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes: “Los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales y sustento de actividades económicas como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales de la conectividad ecológica y del paisaje. El reconocimiento de estos recursos y externalidades, de los que toda la sociedad se beneficia, obliga a las Administraciones públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento”. Menos unánime se muestra la jurisprudencia a la hora de identificar un interés individual en las dos modalidades típicas del precepto en cuestión⁷⁷³.

El tipo básico previsto en el párrafo I se refiere a los que “incendiaren montes o masas forestales”, sin hacer ninguna referencia expresa a bienes jurídico-penales individuales⁷⁷⁴. En cambio la modalidad agravada del párrafo II sí alude explícitamente a ellos, al exigir que la conducta origine un “peligro para la vida o integridad física de las personas”⁷⁷⁵. Podría entenderse en una primera interpretación que el tipo básico no tutela la vida o la integridad física de las personas, sino simplemente las funciones sociales de los montes⁷⁷⁶. De ser ello así, en esta modalidad básica el bien jurídico

⁷⁷² Sobre la necesidad de que el incendio provocado se propague por el objeto material del delito hasta “incendiarlo”, afirma SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendio*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 106 y 107, que “no basta con crear las condiciones que permiten afirmar la posible destrucción o daño futuro como consecuencia de la propagación del fuego, sino que es necesario que efectivamente el fuego se propague incendiando la cosa, en este caso el monte o masa forestal”.

⁷⁷³ CARDENAL MONTRAVETA, “Delitos de incendios. Incendios forestales (arts. 351-358)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 591 y ss. También vid. MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *La protección penal frente a los incendios forestales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 69.

⁷⁷⁴ Sobre como en las sucesivas reformas del delito de incendios forestales han influido determinados contextos de “emergencia legislativa” propiciados por los devastadores incendios de la época estival, con la consiguiente utilización en un plano simbólico del Derecho Penal, TRAPERO BARREALES, “Paradojas en la regulación de los incendios en el Anteproyecto de Código Penal 2013 – versión de 20 de septiembre – (¿Agravación o privilegio?)”, en *InDret*, nº 4, 2013, pp. 1 y ss.

⁷⁷⁵ En opinión de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendio...*, p. 108, lo que objetivamente perfecciona el injusto de los incendios forestales es la significación ecológica de los recursos afectados, “de ahí que la dimensión destructiva del incendio cobre en el caso de los forestales un protagonismo indudable como elemento esencial de la estructura típica”.

⁷⁷⁶ En contra de esta opinión, COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍEZ, *Sobre “los incendios”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 12 y ss.

supraindividual carecería de referentes individuales y por lo tanto sería totalmente independiente de éstos, de modo que el tipo en cuestión se configuraría como un delito de lesión de un valor colectivo (a no ser, claro está, que las funciones sociales de los montes se relacionen con el medio ambiente y éste, a su vez, con intereses individuales como la vida o la salud de las personas)⁷⁷⁷. Según ello, la modalidad agravada del párrafo segundo, al contener una referencia expresa al peligro de la conducta para intereses individuales, podría contemplarse, no sólo como un delito de lesión de un interés social, sino también como un delito de peligro abstracto o concreto para la vida o la salud de las personas⁷⁷⁸.

En una segunda formulación cabría estimar que el tipo básico exige, además de la lesión del interés supraindividual, un peligro abstracto para la vida o la integridad física de las personas, en cuyo caso la modalidad agravada quedaría reservada para los supuestos en los que el incendio forestal genera un peligro concreto para estos bienes jurídicos individuales⁷⁷⁹. Esta segunda es la opción preferible por dos razones distintas: en primer lugar, porque ya se ha dicho que todo bien jurídico-penal incorpora una un componente social e individual, los cuales se relacionan y complementan entre sí; en segundo lugar, porque la modalidad agravada sólo podría ser de peligro concreto en atención a que, según se ha expuesto anteriormente, en los delitos de peligro abstracto el tipo no contiene una referencia expresa al riesgo de la conducta para intereses individuales⁷⁸⁰. Por lo tanto, si la modalidad agravada incluye un peligro concreto para los intereses individuales explícitamente mencionados, el tipo básico tiene que ser forzosamente de peligro abstracto para éstos (al margen de que ambos tipos sean

⁷⁷⁷ Vid. CARDENAL MONTRAVETA, “Delitos de incendios. Incendios forestales (arts. 351-358)...”, pp. 591 y ss.

⁷⁷⁸ Sobre la configuración legal de los delitos de incendios como delitos contra la propiedad en la tradición jurídico-penal española, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 962; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pp. 193 y ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendio...*, pp. 5 y ss.

⁷⁷⁹ En opinión de ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *El delito de daños...*, pp. 196 y 197, “de todos los bienes jurídicos que se vulneran en el incendio el menos trascendente de todos, en la inmensa mayoría de los casos, es el patrimonial. Consecuentemente, no debe ser considerado única y exclusivamente como un daño a la propiedad. Por el contrario, es temido como uno de los más graves peligros para la seguridad, la vida y la integridad física de las personas. Peligro que deriva o es ocasionado por el propio fuego al propagarse, al levantarse en llamas: por el riesgo de propagación inherente al mismo. Lo característico del incendio es el riesgo de propagación, el peligro que puede derivar para la vida y la integridad de las personas, para la seguridad general o colectiva”.

⁷⁸⁰ Estima SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendio...*, p. 121, que los dos supuestos previstos respectivamente en los párrafos primero y segundo del art. 352 CP contienen una referencia a la peligrosidad de la conducta para las condiciones de la seguridad colectiva, lo que incluiría un riesgo personal, aunque sea a través del daño medioambiental que deriva de la conducta típica.

además de lesión del interés supraindividual). De no ser así, se castigaría la lesión del bien jurídico supraindividual en sí misma considerada, o la lesión del bien jurídico supraindividual cuándo va acompañada de la concreta puesta en peligro de un interés individual, pero no cuándo va unida a su abstracta puesta en peligro⁷⁸¹. Con ello se produciría la absurda situación de que el incendio de montes o masas forestales sin abstracto peligro para la vida o la integridad física de las personas sería punible, mientras que el incendio de montes o masas forestales con abstracto peligro para la vida o la integridad física de las personas sería impune⁷⁸².

Habría en suma dos soluciones posibles: o bien considerar que el tipo básico se configura como un delito de lesión del interés supraindividual (sin ser además de abstracta o concreta puesta en peligro de algún interés individual) y que la modalidad agravada se estructura además como un delito de peligro concreto (al contener una referencia expresa al peligro para la vida o la integridad física de las personas); o bien entender que el tipo básico se articula como un delito de peligro abstracto y que la modalidad agravada como un delito de peligro concreto (sin perjuicio de que ambas modalidades sean además de lesión del interés supraindividual). Frente a esta diatriba, la segunda opción parece más convincente, en primer lugar, porque en los bienes jurídico-penales supraindividuales subyace – de forma expresa o tácita – un interés individual; y, en segundo lugar, porque sólo de esta manera se evita dejar impune la lesión del interés

⁷⁸¹ Vid. COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍEZ, *Sobre “los incendios”...*, p. 32 y ss., aluden a la posibilidad de que el delito de incendios forestales tutele también el medio ambiente, en cuyo caso la consumación delictiva precisaría la propagación del fuego, de modo que no sería suficiente para estos efectos con el incendio de un solo árbol o de unos pocos, puesto que en este supuesto se hallaría ausente el componente de daño ecológico (real o potencial). También se refiere al daño ecológico ocasionado por los incendios forestales MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *La protección penal...*, p. 69: “los incendios forestales no sólo producen un daño a la propiedad pública o privada destruyendo una masa de arbolado, ni tampoco un exclusivo delito de peligro para la seguridad colectiva, con riesgo para la vida y la integridad de las personas, sino, además, son un fenómeno criminal en auge que perjudica a los ecosistemas y cuya alteración se viene produciendo en nuestro país desde hace años, destruyendo bosques y, con ellos, sus funciones de producción, generando pérdidas económicas, de maderas, resinas, frutos, pastos que afectan a la flora, caza, pesca y a las funciones de conservación”.

La naturaleza pluriofensiva del delito de incendios forestales ya se explicitaba en el Anteproyecto de LO de reforma del CP, presentado en el Consejo de Ministros en el mes de julio de 2012, en el que se afirmaba que los incendios en muchas ocasiones causan “importantes daños al patrimonio natural y bienes públicos y privados, o generan situaciones de peligro para la integridad física de las personas que pueden acarrear la pérdida de vidas, convirtiéndose en delitos de suma gravedad”. Vid. TRAPERO BARREALES, “Paradojas en la regulación de los incendios en el Anteproyecto de Código Penal 2013...”, p. 3.

⁷⁸² Entiende RUIZ RODRÍGUEZ, “Los incendios forestales y la protección del medio ambiente”, en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Dir. Terradillos Basoco, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 83, que existe incendio a partir del inicio de la combustión del objeto destinado a arder cuando exista peligro de propagación.

supraindividual seguida de la abstracta puesta en peligro de un interés individual (la vida o la integridad física de las personas)⁷⁸³.

Es por tanto a través de estas coordenadas que debe analizarse el supuesto planteado, cuya eventual punibilidad ha de estudiarse en relación con el tipo básico de peligro abstracto (art. 352 párr. I)⁷⁸⁴, al no producirse un resultado de concreta puesta en peligro de la vida o la integridad física de una víctima determinada⁷⁸⁵. En relación con esta modalidad básica no cabe duda de que la conducta es formalmente típica, por la mera provocación del incendio de una masa forestal, de modo que el hecho supera el primer filtro de la antijuridicidad. Procede analizar entonces si éste es además objetivamente imputable. No lo será de entenderse que la conducta, pese a lesionar las funciones de los montes, no es abstractamente peligrosa para la vida o la integridad física de las personas (según las concretas circunstancias del caso conocidas *ex ante* por el autor y un espectador objetivo). En cambio, sí será objetivamente imputable de estimarse probable que la actuación del sujeto desembocaría en una lesión o concreta puesta en peligro de la vida o integridad física de alguien, en cuyo caso el riesgo de la conducta no será insignificante, sino que entrará dentro de la esfera de riesgos no permitidos por el tipo penal en cuestión⁷⁸⁶. Además, la circunstancia de que *ex post* no se genere ningún resultado desvalorado no reduciría el delito de peligro abstracto consumado a la condición de intentado, ya que la perfección delictiva tiene lugar por la simple realización de lo que estructuralmente sería una tentativa inidónea de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un interés individual, como ocurre en este caso⁷⁸⁷.

Sin embargo, puede ocurrir que el sujeto incurra en error en cuanto a la objetiva peligrosidad de la conducta. Imaginemos que cree que se trata de una montaña totalmente inaccesible, cuando en realidad hay algunas vías de acceso asequibles para senderistas inexpertos, lo que determina que de hecho sea habitualmente transitada por aficionados al senderismo. En este caso habría que llegar a la misma solución, es decir,

⁷⁸³ Vid. MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *La protección penal...*, pp. 78 y ss.

⁷⁸⁴ Sobre la incidencia de la creación de un riesgo para la vida o integridad física de las personas en el injusto del delito de incendios forestales, TRAPERO BARREALES, “Paradojas en la regulación de los incendios en el Anteproyecto de Código Penal 2013...”, pp. 13 y ss.

⁷⁸⁵ Vid. COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍEZ, *Sobre “los incendios”...*, p. 38.

⁷⁸⁶ En relación con el bien jurídico protegido en el art. 351 CP, TRAPERO BARREALES, *Los delitos de incendio...*, pp. 69 y ss.

⁷⁸⁷ COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍEZ, *Sobre “los incendios”...*, p. 39, se muestran explícitamente contrarios a la admisibilidad de tentativa en el delito de incendios.

habría que calificar la conducta de impune por ausencia de imputación objetiva, toda vez que un espectador objetivo, con los conocimientos de la situación del autor, no afirmaría la idoneidad del acto para lesionar el interés individual. En cambio, si el sujeto considera erróneamente que la montaña es fácilmente accesible, y por lo tanto actúa con la voluntad de crear un riesgo penalmente desaprobado para la vida y la integridad física de las personas, el comportamiento sí será objetivamente imputable porque un espectador imparcial, con los mismos conocimientos ontológicos que el autor, llegaría a la conclusión – al igual que el autor – de que el mismo es adecuado para lesionar dichos intereses individuales.

5. Supuesto nº 5: delito de tenencia ilícita de armas (art. 563 CP)

“En relación con el art. 563 CP, el sujeto E, quien es coleccionista de armas antiguas, manipula una pistola de principios del siglo XX, adquirida reglamentariamente en un anticuario, para que vuelva a estar en condiciones de disparar”.

La configuración jurisprudencial del delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 CP no es uniforme al discutirse cuál es el bien jurídico en él protegido, el cual puede consistir, en función de la visión que se adopte, en: el orden público, en sentido restringido, como tranquilidad o paz en las manifestaciones externas de la vida pública⁷⁸⁸; la seguridad colectiva frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas y explosivos; el derecho del Estado a controlar la posesión y circulación de ciertas armas; o, según la posición mayoritaria, en la seguridad del Estado y la seguridad colectiva (SSTS 79/2015, de 13 de febrero; 1124/2011, de 27 de octubre; 84/2010, de 18 de febrero; 555/2007, de 27 de junio; 1071/2006, de 8 de noviembre; 484/2005, de 14 de abril)⁷⁸⁹. En mi opinión el punto de vista más convincente es el mayoritario, al estructurar el delito de tenencia ilícita de armas en cuestión como un tipo pluriofensivo en el que los aspectos supraindividuales (el derecho

⁷⁸⁸ CRUZ BLANCA, *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 33.

⁷⁸⁹ VERA SÁNCHEZ, “Tenencia de armas y explosivos (arts. 563-570)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 758. Como observa CRUZ BLANCA, *Régimen penal...*, p. 17, “la posesión indiscriminada de armas, particularmente las de fuego, facilita considerablemente la lesión de bienes jurídicos fundamentales constituyendo, por ello, un riesgo para aquéllos que ha de ser prevenido mediante el control de su tenencia lo que se lleva a cabo, en el Ordenamiento jurídico español, a través de normas de carácter administrativo”.

del Estado a controlar la posesión y circulación de ciertas armas para asegurar su propia seguridad) se combinan con aspectos individuales (la protección de la seguridad de los ciudadanos que forman el Estado)⁷⁹⁰.

El elemento típico “tenencia” supone la posesión actual del arma prohibida o de la que sea resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de un arma reglamentada (STS 272/2009, de 17 de marzo), sin que sea necesario que el sujeto activo sea dueño de la misma (STS 252/2009, de 18 de febrero), ni que tenga un contacto directo y material con ella, por lo que basta con que esté a su disposición, de modo que tenga la posibilidad de utilizarla con arreglo a la función que le es inherente u otra análoga (STS 655/2014, de 7 de octubre). Según ello, el delito de tenencia ilícita de armas es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, al bastar para su consumación con la tenencia, sin que sea necesario un resultado dañoso para algún interés individual⁷⁹¹. Por lo tanto, se articula como un delito de lesión del interés supraindividual (el derecho del Estado a controlar la posesión y circulación de ciertas armas) y de abstracto peligro para el interés individual (la vida o la integridad física de las personas).

En esta línea, el TC ha tenido ocasión de examinar la constitucionalidad del precepto en su sentencia 24/2004, de 24 de febrero, en el sentido de establecer una interpretación restrictiva del mismo a los efectos de ajustarlo a los cánones constitucionales que impone el principio de legalidad penal en su vertiente material (art. 25.1 CE), con el fin de deslindar su ámbito de punición de la sanción administrativa⁷⁹². De esta manera estima el TC que el art. 563 CP no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, con independencia del contenido de ésta, habida cuenta de que el ámbito de la tipicidad penal “es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones

⁷⁹⁰ Desde la década de los 90, el mercado ilegal de armas está en pleno auge como consecuencia de diversos factores, entre ellos el surgimiento de nuevas fronteras, el excedente de armas de la post Guerra Fría y la rápida expansión del libre comercio. Realizan este análisis, LUMPE / MEEK / NAYLOR, *Tráfico de armas. El mercado negro mundial de armas ligeras* (trad. Alejandro Gómez), Intermón Oxfam, Barcelona, 2004, pp. 17 y ss.

⁷⁹¹ Vid. VERA SÁNCHEZ, “Tenencia de armas y explosivos (arts. 563-570)...”, pp. 760 y ss.

⁷⁹² Comparto la observación de SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?...”, pp. 1 y ss., en cuanto a la disociación operada en los últimos años entre las nociones de democracia y garantismo. En este sentido, el contenido de la Ley penal democrática no es necesariamente expresión de las garantías de un Derecho penal liberal. A veces incluso se manifiesta en ella un cierto populismo autoritario, de modo que la protección de las garantías fundamentales acaba siendo cuestión de los tribunales ordinarios y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.

administrativas”⁷⁹³. Así las cosas, en primer lugar el tipo se reduce en el plano de una interpretación literal o gramatical, a través del concepto de armas, ya que se excluye de éste todos los objetos o instrumentos que no lo sean, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida, y los que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto (según el Diccionario de la RAE son armas aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse”, por lo que en ningún caso es punible la tenencia de instrumentos que, pese a estar incluidos en abstracto y con carácter general en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas, profesionales o de coleccionismo).

Por otro lado, desde el punto de vista de la tipicidad material con arreglo a los principios generales limitadores del *ius puniendi*, el TC considera que la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una disposición administrativa, sino que ha de atender a la protección del bien jurídico consistente en la seguridad ciudadana y mediatamente en la vida y la integridad física de las personas, frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. En este contexto, en la delimitación del ámbito de lo penalmente punible no puede prescindirse del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esta protección tanto a la seguridad del Estado como a la de los ciudadanos, por lo que en virtud del carácter de *ultima ratio* de la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, de modo que en los demás supuestos debe acudir al Derecho Administrativo sancionador, puesto que de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Sobre la afectación de valores, individuales o colectivos, dignos de tutela penal a través de la tenencia ilícita de armas, CRUZ BLANCA, *Régimen penal...*, pp. 31 y ss. Destaca la autora que el delito de tenencia ilícita de armas ha estado ubicado históricamente entre las infracciones contra la “Seguridad Interior del Estado”. Esta rúbrica desapareció con la aprobación del CP de 1995, de modo que las diversas figuras delictivas que lo integraban quedaron dispersadas en otros títulos del vigente texto punitivo. En concreto, el delito de tenencia ilícita de armas se residenció entre los delitos contra el orden público.

⁷⁹⁴ Desde un punto de vista político-criminal, hay que señalar que el control nacional sobre las armas de fuego es crucial para detener el tráfico internacional. Esto es así porque los mercados nacionales e internacionales están estrechamente relacionados, al igual que el suministro legal y el ilegal. Expresan esta opinión, LUMPE / MEEK / NAYLOR, *Tráfico de armas...*, pp. 135 y ss.

Por lo tanto, dentro de esta labor restrictiva de la materia de protección, entiende el TC que la intervención penal sólo resulta justificada en los supuestos en que el arma objeto de tenencia posea una especial potencialidad lesiva, y además la tenencia se produzca en unas condiciones que la conviertan en el caso concreto en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esta especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos, a partir de las particularidades del caso concreto. Así pues, recapitulando la doctrina del TC, las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son aquellas que, en primer lugar, sean materialmente armas, en la medida que no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la normativa administrativa pueden ser objeto material del delito⁷⁹⁵; en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, lo que obliga a excluir del ámbito de la prohibición del art. 563 las armas introducidas mediante Orden ministerial en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, al impedirlo la reserva formal de Ley que rige en materia penal⁷⁹⁶; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva; y en cuarto lugar, que la tenencia se produzca en circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana (STS 111/1999, de 14 de junio).

Frente a los casos de tenencia con fines de coleccionismo de armas prohibidas o de armas reglamentadas que han sido manipuladas, caben distintas posturas. En una interpretación meramente formal del objeto de protección, el tipo tan sólo pretendería salvaguardar un interés supraindividual (el derecho del Estado a controlar la posesión y circulación de ciertas armas), el cual aparecería totalmente desconectado de la tutela de la vida o la integridad física de las personas. Bajo este punto de vista, sería punible la simple tenencia de un arma prohibida o de un arma reglamentada que haya sido manipulada, aunque se posea con fines de coleccionismo, toda vez que la conducta infringiría la normativa administrativa que rige en esta materia. Ahora bien, con ello se produciría una inadmisibile identificación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, y por consiguiente la pena sólo podría atenuarse con arreglo al art. 565 CP, pensado para casos en los que las circunstancias del hecho y del culpable evidencian la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos. Es decir, para supuestos en los que con la

⁷⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 1.044.

⁷⁹⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 772.

posesión ilegítima se persigan fines legítimos como la práctica de deporte, de caza o de coleccionismo, siempre que las circunstancias del caso permitan excluir otras finalidades de utilización (SSTS 1348/2004, de 25 de noviembre; 1758/2002, de 23 de diciembre). Además, en una interpretación formal del bien jurídico-penal tutelado, en la que éste no dispusiera de ningún referente individual, el delito de peligro abstracto estaría consumado como consecuencia de dicha absoluta asimilación entre el injusto penal y el administrativo.

En cambio, podría excluirse fácilmente la punibilidad de la conducta de entenderse que el tipo protege, no sólo la seguridad del Estado, sino también de forma instrumental la vida y la integridad física de las personas. En este caso la tenencia ilícita con fines de coleccionismo sería siempre penalmente irrelevante. Según esta concepción del bien jurídico-penal, en el supuesto que ahora nos ocupa podría descartarse la punibilidad de la conducta, en primer lugar, con arreglo a una interpretación literal o gramatical del precepto, habida cuenta de que el arma, pese a haberse manipulado para estar en condiciones de disparar, en cuyo caso podría quedar comprendida en abstracto dentro del catálogo de armas cuya tenencia está prohibida a nivel administrativo, en el caso concreto no se configuraría como un instrumento de ataque o defensa, sino de coleccionismo. Desde esta perspectiva, el arma poseída con fines de coleccionismo, aunque haya sido manipulada para estar en disposición de disparar y por lo tanto estar administrativamente prohibida su tenencia, no podría ser objeto material del delito previsto en el art. 352 del CP, al no ser en el caso concreto un instrumento de ataque o defensa (aunque sí lo sea en general o en abstracto).

Ahora bien, aun en el supuesto de que se estime que la conducta coincide formalmente con el tipo⁷⁹⁷ (por considerarse el arma manipulada un instrumento de ataque o defensa tanto en general como en el caso concreto), la misma podría excluirse del ámbito del tipo de conformidad con los parámetros reductores del ámbito de eficacia del delito previsto en el art. 563 CP confeccionados por la jurisprudencia. Como se ha dicho, desde un prisma teleológico la infracción penal no puede suponer la creación de un ilícito formal mediante el que se sancione el simple incumplimiento de una prohibición administrativa, y consecuentemente hay que valorar la potencialidad lesiva de la

⁷⁹⁷ Sobre el carácter de ley penal en blanco del delito de tenencia ilícita de armas, por estar estas prohibidas, o por ser armas reglamentadas modificadas, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 773.

tenencia ilícita del arma para la vida y la integridad física de las personas⁷⁹⁸. Así pues, si añadimos a lo dicho que la capacidad lesiva de la conducta para tales intereses individuales debe valorarse de acuerdo con criterios objetivos, es posible excluir materialmente la conducta del tipo a la vista de que un espectador objetivo colocado en la posición del autor, con los mismos conocimientos que éste sobre la situación, no afirmaría que la tenencia ilícita de un arma con fines de coleccionismo genera un riesgo para la vida o la integridad física de las personas comprendido dentro de las finalidades de protección del tipo en cuestión, y por lo tanto penalmente prohibido. De esta manera se comprueba una vez más que, al poner en relación el peligro abstracto con un interés individual, la parte objetiva de la conducta típica se configura como una tentativa inidónea de un delito de lesión de un interés individual (en este caso de la vida o la integridad física de las personas); y, simultáneamente, que la conducta *ex ante* objetivamente inadecuada para lesionar el interés individual, en la medida que no crea un estado de incertidumbre no permitido para la indemnidad del mismo, se corresponde estructuralmente con una tentativa irreal, de modo que la actuación, pese a realizar formalmente el tipo, no genera un riesgo objetivamente imputable⁷⁹⁹.

En consecuencia, de resolverse el caso planteado a la luz del modelo de injusto defendido en general para los delitos de peligro abstracto, la solución pasa inexorablemente por defender la impunidad de la conducta, ya sea por razones formales o materiales. No debe pasar inadvertido que el delito de tenencia ilícita de armas previsto en el art. 563 CP reviste singular relevancia a los efectos de la exposición precedente en cuanto a los criterios restrictivos de la tipicidad, ya que a propósito de dicha infracción la jurisprudencia – y muy señaladamente la del TC – realiza una interpretación teleológica del tipo sustancialmente idéntica a la defendida en general para los delitos de peligro abstracto, al poner en relación el interés supraindividual con

⁷⁹⁸ Cfr. CRUZ BLANCA, *Régimen penal...*, p. 126. La autora considera que el delito de tenencia ilícita de armas es de peligro abstracto, y que por tanto el riesgo para el bien jurídico es únicamente el motivo del legislador para la incriminación del comportamiento, por lo que se opone a la interpretación restrictiva que el TC realiza de los preceptos en cuestión con el argumento de que con ella la infracción se convierte en un delito de peligro concreto, de modo que con esta conversión aquél sobrepasaría las facultades que tiene atribuidas. Personalmente estimo exagerada esta crítica a la postura mantenida por el TC, habida cuenta de que la peligrosidad que éste exige en el caso concreto se refiere a la potencial lesividad de la conducta, sin requerir que la vida o la salud de un sujeto determinado entren en el radio de eficacia causal de la misma.

⁷⁹⁹ Desde esta perspectiva, la conducta examinada no generaría un peligro penalmente significativo para la tranquilidad pública ni para el interés del Estado en reducir la criminalidad violenta, como destaca MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 771.

intereses individuales, y al exigir que la conducta sea abstractamente peligrosa para éstos últimos en el caso concreto con arreglo al punto de vista de un espectador objetivo. Si tal modo de proceder se admite en relación con esta concreta figura delictiva, al estimarse que el mismo resulta dogmáticamente correcto y político-criminalmente satisfactorio, no se advierten razones de peso para no hacer lo propio en relación con el resto de delitos de lesión de bienes jurídicos supraindividuales que además sean de abstracta puesta en peligro de un interés individual.

6. Supuesto nº 6: delitos contra el medio ambiente (art. 325 CP)

“En relación con el art. 325 CP, el sujeto F, empresario de profesión, realiza vertidos de sustancias contaminantes en el subsuelo pero, tras tener conocimiento de que un grupo de vecinos ha interpuesto una denuncia policial contra él, adopta las medidas necesarias para impedir que llegue a originarse ningún efecto negativo para el ecosistema. Podría analizarse también qué sucede si la propia policía impide materialmente la prosecución de los vertidos a través del precinto de la zona en la que se realizaban”.

El art. 325 CP constituye un delito contra el medio ambiente⁸⁰⁰, el cual puede concebirse como el equilibrio entre los elementos y recursos naturales (aspecto supraindividual), como condición indispensable de la existencia del hombre en la tierra (aspecto individual). Sin embargo, no es esta una cuestión jurisprudencial y científicamente resuelta al depender el concepto de bien jurídico del modelo de Derecho Penal ambiental que se adopte⁸⁰¹. Según el modelo llamado ecocéntrico, se protegen los sistemas naturales por sí mismos, al margen de la utilidad de los mismos para los individuos. Por lo tanto, desde esta perspectiva el bien jurídico supraindividual carece de referencias individuales, de modo que éstas no son un parámetro de valoración del grado de lesividad de la conducta típica, en cuyo caso la protección penal no puede

⁸⁰⁰ Explica que la mayoría de amenazas más graves para el medio ambiente, relacionadas fundamentalmente con actividades industriales, son riesgos permitidos, FRISCH, “Derecho penal y protección del clima. Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales”, en *InDret*, nº 4, 2015, pp. 8 y ss.

⁸⁰¹ Sobre los aspectos político-criminales y criminológicos que se suscitan en materia de Derecho Penal ambiental, en particular a partir de su relación con el Derecho Administrativo, VEGA RUIZ, *Delitos contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna, en el Código Penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pp. 103 y ss. También resulta de interés la visión de RUIZ RODRÍGUEZ, “Los incendios forestales y la protección del medio ambiente...”, pp. 86 y ss.

diferenciarse de la administrativa. Por el contrario, según el denominado modelo antropocéntrico, a través de los delitos contra el medio ambiente se tutelarían los sistemas naturales sólo en la medida que afecten a intereses individuales⁸⁰². No obstante, entre estas posturas, que podríamos calificar de radicales o extremas, se abren paso visiones intermedias que combinan algunos de los aspectos de cada una de ellas⁸⁰³. Así pues, en lo que podría considerarse una visión ecocéntrica moderada, se protegería el equilibrio de los sistemas naturales, pero requiriendo su efectiva afectación en el caso concreto. Consecuentemente no sería suficiente con la infracción de una determinada normativa ambiental, sino que además debería probarse que la conducta contaminante de los sistemas naturales es idónea para afectar a su equilibrio (SSTS 45/2007, de 29 de enero; 1035/2004, de 27 de septiembre). En cambio, en una visión antropocéntrica moderada, si bien se protegerían los sistemas naturales, se incluiría en el concepto de medio ambiente el hábitat o conjunto de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas (SSTS 327/2007, de 27 de abril; 109/2007, de 7 de febrero)⁸⁰⁴.

En mi opinión, lo primero que parece claro es la necesidad de rechazar las visiones ecocéntricas, ya sean radicales o moderadas, puesto que en ellas el elemento individual del bien jurídico no aparece o no aparece suficientemente resaltado, en cuyo caso la conducta típica consistente en afectar al equilibrio de los sistemas naturales no dispone del grado de lesividad cualificada que justifica una reacción específicamente penal⁸⁰⁵. Es decir, estimo que en una tal visión el ilícito penal no se diferenciaría, o no podría diferenciarse suficientemente, del ilícito administrativo correspondiente⁸⁰⁶. Partiendo de esta premisa, con independencia de la nomenclatura por la que se opte, entiendo que en

⁸⁰² En opinión de OCHOA FIGUEROA, “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *RDPC*, nº 11, 2014, pp. 275 y ss., el medio ambiente es uno de los intereses colectivos hacia los que el Derecho Penal debe expandir su protección, al contener una importancia trascendental para la sociedad.

⁸⁰³ *Ibidem*. pp. 280 y ss.

⁸⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, “Delitos medioambientales y urbanísticos”, en *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 641 y ss.

⁸⁰⁵ En el mismo sentido, MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente...*, p. 49, sostiene que “la referencia de que el ambiente ha de ser adecuado para el desarrollo de la persona y la finalidad de protección y mejora de la calidad de vida que el propio art. 45 Ce asigna a la utilización racional de todos los recursos naturales, junto a la declaración de que su disfrute es un derecho y su conservación un deber, impregna a este concepto de un carácter antropocéntrico que, moderadamente entendido, es ampliamente aceptado en la actualidad por la mayoría de autores. La compatibilidad entre ecologismo y antropocentrismo no puede negarse, pues se trata de definir el ambiente del hombre, un ambiente necesario para su desarrollo, tal como expresa la Constitución de 1978”.

⁸⁰⁶ Relativiza la eficacia y la capacidad de rendimiento del Derecho Penal ambiental, FRISCH, “Derecho penal y protección del clima...”, pp. 10 y ss.

la delimitación del bien jurídico-penal debe aparecer adecuadamente encuadrado el elemento antropocéntrico, ya sea por formar parte del propio concepto de medio ambiente en su dimensión de hábitat de las personas, o por ser la tutela del medio ambiente medial de la protección de las condiciones físicas que hacen posible la vida de las personas en el planeta tierra⁸⁰⁷. Creo que sólo de este modo el injusto de los delitos contra el medio ambiente puede presentar caracteres propios que lo diferencien de forma clara de los injustos administrativos previstos en la materia. Estimo asimismo que esta posición es totalmente conforme con el art. 45 CE⁸⁰⁸, en virtud del cual la salvaguarda del medio ambiente se incardina instrumentalmente a la protección de la persona (derecho individual al medio ambiente), y en contrapartida se asigna a todos los ciudadanos el deber de conservarlo (“todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”)⁸⁰⁹.

En una línea parecida, el TC ha tenido ocasión de apuntar que el fin último de la protección penal del medio ambiente es la defensa de la persona: el medio ambiente “ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan” (STC 102/1995, de 26 de junio). Según ello, la protección de los sistemas naturales no se configura como un fin en sí mismo, sino como un medio de protección de la persona, lo que indudablemente abarca también a las “generaciones futuras” (STC 102/1995, de 26 de junio). Así pues, el objeto de

⁸⁰⁷ En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 971, el concepto de medio ambiente incluye un aspecto individual, como hábitat de las personas: “el medio ambiente es un lugar común en nuestra realidad, que podría definirse como el conjunto de medios naturales que en su cantidad y combinación configuran el hábitat actual para el hombre, para la fauna y la flora, y cuya alteración por medios nocivos para la naturaleza y desarrollo biológico propio de dichos seres y objetos es contraria al equilibrio natural de la vida humana, animal y vegetal en la tierra. Este planteamiento del medio ambiente, ciertamente homocéntrico, no excluye, sin embargo, el equilibrio que es propio a la flora y a la fauna, aun sin tener una incidencia directa en el desarrollo humano, tanto en su aspecto animal como social”.

⁸⁰⁸ Expone CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61, que la regulación penal del medio ambiente no sólo responde a las coordenadas impuestas por la CE, sino que también se enmarca en la tendencia impulsada por la Unión Europea, la cual apuesta por el concepto de “desarrollo sostenible”, entendido éste como aquél que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras.

⁸⁰⁹ Señala QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, p. 971, que la doctrina ha ampliado el concepto de medio ambiente: “si el medio ambiente es el hábitat humano, también lo es el urbano y domiciliario, que es donde en enorme medida el ciudadano desarrolla su actividad. Al igual que medimos la calidad del aire en las ciudades – medio urbano – no hay razón para excluir las injerencias en el hábitat domiciliario cuando, como los ruidos, contaminan la atmósfera familiar y residencial (L 37/2003). De esta suerte, siguiendo la S 27-4-2007 (caso El Portet) el medio ambiente es el hábitat humano, natural o artificial, en el que el ciudadano desarrolla su vida y le da soporte”.

protección en los delitos medioambientales es el equilibrio de los sistemas naturales, en el sentido de que éstos mantengan las condiciones necesarias para el mantenimiento de la vida humana, lo que se concreta en la salvaguarda de los recursos naturales, junto con la de la biodiversidad a través de la protección de las distintas especies de flora y fauna, lo que podría incluir la especie humana en caso de que se entienda que el *objeto* de medio ambiente también es *personal* (al ser la especie humana una especie animal y formar parte por lo tanto de la fauna del plantea), no sólo que su *fin* último es la protección de la persona⁸¹⁰.

La puesta en relación del bien jurídico con intereses individuales obliga a que la conducta típica sea al menos potencialmente lesiva para éstos. Por lo tanto, el peligro para los mismos no puede ser hipotético o presunto, a diferencia de lo que consideran determinados sectores jurisprudenciales (SSTS 1148/2005, de 25 de mayo; 1145/2004, de 25 de mayo), según los cuales basta con que la conducta infrinja disposiciones medioambientales de carácter administrativo, en cuyo caso se vulneraría el principio de lesividad material. Ni tampoco es suficiente con que la conducta sea *ex ante* objetivamente idónea para afectar al equilibrio de los sistemas naturales (SSTS 45/2007, de 29 de enero; 1252/2004, de 2 de noviembre), o con que lo sea desde una perspectiva *ex post* al producir un resultado de peligro concreto para éste (SSTS 1583/2001, de 17 de septiembre; 194/2001, de 14 de febrero), ni tampoco con que el peligro se materialice en una lesión efectiva del mismo. Es decir, para la tipicidad de la conducta no basta ni con una presunción general de peligro para intereses individuales no contrastada en el caso concreto, ni con una puesta en peligro (abstracta o concreta) o lesión del interés supraindividual prescindiendo del componente individual del mismo. Es por ello necesario que la conducta típica, a parte poner en peligro o lesionar el equilibrio de los sistemas naturales, sea también abstractamente peligrosa para la vida o la integridad física de las personas⁸¹¹.

El tipo previsto en el art. 325 CP admite varias modalidades comisivas, si bien todas ellas exigen, al igual que el resto de delitos ecológicos, que la conducta infrinja Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. Así las cosas, la

⁸¹⁰ Vid. MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente...*, pp. 51 y ss.

⁸¹¹ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Dir. Terradillos Basoco, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 42 y ss.

provocación, directa o indirectamente, de una modalidad típica de contaminación puede consistir en realizar: emisiones y vertidos; radiaciones; excavaciones, aterramientos y extracciones; ruidos y vibraciones; depósitos e inyecciones; y captaciones de aguas. Por su parte, pueden ser objeto material del delito la atmósfera, el suelo y el subsuelo, y las aguas terrestres, marítimas o subterráneas (con inclusión expresa del “alta mar”). Aquí interesa la modalidad típica consistente en provocar o realizar vertidos, que puede definirse, según el art. 1.2 de la Directiva 76/464 CEE, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático, como “todo acto imputable a una persona por el cual directa o indirectamente, se introduce en las aguas a las que se aplica dicha Directiva alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II de su Anexo” (STJCE 22301/1999, de 29 de septiembre).

Si todas las modalidades típicas del art. 325 CP se refieren al bien jurídico medio ambiente en su doble aspecto supraindividual e individual, todas ellas deben ser al menos abstractamente peligrosas para la salud de las personas⁸¹². Por lo tanto, la modalidad agravada del punto 2 párr. II, al ser la única que se refiere expresamente al peligro para la salud de las personas (“si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas”) debe configurarse estructuralmente como un delito de peligro concreto, en el que se exige, además del peligro abstracto para el bien jurídico individual, que uno de los objetos materiales de éste haya entrado en el radio de eficacia causal de la conducta. Según ello, el art. 325 CP incorporaría simultáneamente un delito de peligro abstracto y otro de peligro concreto para la salud de las personas, si bien ambos serían de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico supraindividual (el equilibrio de los sistemas naturales).

Todo lo dicho hasta aquí permite analizar el supuesto planteado desde la óptica del delito previsto en el art. 325 CP. Según se ha indicado, debe valorarse la eventual punibilidad de la conducta de un empresario que realiza vertidos contaminantes en el

⁸¹² Como señala CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente...*, pp. 64 y 65, “el concepto que utiliza el legislador y que seguiremos nosotros de medio ambiente como bien jurídico es un concepto restrictivo y autónomo. En este sentido el bien jurídico “medio ambiente” es, sobre todo, el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc... que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la ‘vida’ en el planeta tierra. La doctrina lo califica de supraindividual o colectivo de carácter antropocéntrico (si bien, desde mi punto de vista calificarlo como antropocéntrico es reiterativo, pues todos los bienes jurídicos lo son en la medida en que van referidos al hombre y a la ordenación de su vida en sociedad)”.

subsuelo, si bien después adopta las medidas necesarias para evitar que se llegue a producir un perjuicio efectivo en el equilibrio de los sistemas naturales. Para la resolución del caso partiremos de que la conducta es formalmente típica, y de que además es potencialmente adecuada para afectar al bien jurídico en su doble vertiente supraindividual (el equilibrio de los sistemas naturales) e individual (la salud de las personas). De ser esto así, la conducta sería constitutiva del delito ecológico en cuestión, en la modalidad de peligro abstracto, toda vez que, a parte de quebrantar la disposición administrativa correspondiente, sería *ex ante* objetivamente adecuada para lesionar la salud de las personas. Para llegar a esta conclusión sería necesario que un espectador objetivo colocado en la posición del empresario, con los mismos conocimientos ontológicos que él, considere probable que la conducta llegue a generar una lesión o peligro concreto para la salud de las personas. De ser así, el comportamiento consumaría, como decía, el delito del art. 325 CP en la modalidad de peligro abstracto⁸¹³.

Ahora bien, queda por analizar la eficacia de las medidas adoptadas por el empresario para evitar la contaminación. En una primera hipótesis cabría sostener que tales medidas eliminan la tipicidad de la conducta, incluso en relación con el delito de peligro abstracto, en la medida que el empresario realiza una actuación activa para evitar la producción del resultado. Sin entrar por el momento en si tal desistimiento activo es voluntario o no, lo cierto es que el mismo se produce con posterioridad a la consumación del delito de peligro abstracto, por cuanto en éste las únicas exigencias del tipo objetivo son, junto a la lesión objetivamente imputable del interés supraindividual, la creación de un peligro jurídico-penalmente desaprobado para el bien jurídico. Y este peligro objetivo, al asimilarse con el propio de la tentativa inidónea en los delitos de lesión y peligro concreto, ya puede apreciarse en el momento de realización de los vertidos (con independencia de que posteriormente no se produzca un resultado de lesión o concreta puesta en peligro de alguno de los objetos materiales del delito por adoptar el sujeto medidas correctoras). Por lo tanto, la actuación del empresario posterior a la realización de los vertidos no puede considerarse como desistimiento de la ejecución de un delito de peligro abstracto, al tener lugar en un momento en el que éste

⁸¹³ Sobre los precedentes del art. 325 CP, en particular sobre el derogado art. 347 bis del CP de 1983, el cual se caracterizaba por la parquedad con la que definía las distintas modalidades típicas, TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente...”, pp. 43 y ss.

ya se encuentra consumado. Consecuentemente cabe descartar la primera de las opciones apuntadas, por cuanto las medidas correctoras no sitúan la conducta inicial en el terreno de la atipicidad penal, al no constituir un desistimiento (voluntario) respecto de la modalidad típica de peligro abstracto.

A pesar de lo anterior, parecería lógico pensar que ha de tener alguna relevancia jurídica la no producción de un resultado de lesión o peligro concreto para la salud individual, como consecuencia de la posterior intervención del autor⁸¹⁴. Pues bien, esta circunstancia sí tiene en efecto alguna trascendencia de acuerdo con los criterios elaborados en general para los delitos de peligro. Sin embargo, en atención a que el delito de peligro abstracto se habría consumado, su ámbito de incidencia debe circunscribirse a la modalidad de peligro concreto. En relación con ésta, de considerarse que el desistimiento ha sido voluntario, el sujeto habría evitado activamente la producción del resultado del delito de peligro concreto, de modo que el beneficio para él consistiría en no ser castigado con arreglo a la modalidad agravada del art. 325.2 párr. II. Aunque sí debería ser sancionado conforme al delito de peligro abstracto, al producirse el desistimiento en un momento en el que éste ya se encontraba consumado. No obstante, se llegaría a la misma solución en caso de que se estime que el desistimiento ha sido involuntario. En este supuesto, al faltar el resultado propio de la modalidad de peligro concreto por causas distintas de desistimiento voluntario del autor, estaríamos en presencia de una tentativa de delito de peligro concreto. Sin embargo, la conducta de este tipo de tentativa (del delito de peligro concreto) sería idéntica a la de un tipo consumado (del delito de peligro abstracto), de modo que, al afectar ambos comportamientos al mismo bien jurídico, se produciría un concurso de leyes entre los preceptos que regulan la tentativa del delito de peligro concreto y la consumación del delito de peligro abstracto, a resolver a favor de los segundos por imperativo del principio de subsidiariedad previsto en el art. 8.2 del CP. Por lo tanto, con independencia de que se estime que el desistimiento activo del autor ha sido voluntario o no, lo cierto es que en ambos supuestos la realización de los vertidos, con conciencia de su peligrosidad para el medio ambiente, consumaría el delito de peligro abstracto⁸¹⁵.

⁸¹⁴ Vid. CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente...*, pp. 111 y ss.

⁸¹⁵ En relación con el art. 325 CP, señala CUESTA AGUADO que “el juez no tendrá que comprobar que la emisión a la atmósfera ha producido una alteración perjudicial calificable como contaminación sino, únicamente, que esa emisión es peligrosa y pone en peligro concreto la salud de las personas o puede

Con todo, ni que sea para completar la exposición, es necesario posicionarse en cuanto al carácter voluntario o no del desistimiento en relación con el delito de peligro concreto. Tal desistimiento en principio tendría que ser activo al haber finalizado la ejecución del tipo, por lo que el sujeto debe realizar alguna actuación adicional para evitar la producción del resultado, como de hecho sucede. Ahora bien, cabría cuestionar hasta qué punto este desistimiento activo es voluntario o no en función de la circunstancia lo provoque (la denuncia de los vecinos, la intervención del órgano de supervisión del plan de cumplimiento penal de la empresa). En caso de que sea la propia policía la que impida la prosecución de los vertidos, ni siquiera habría desistimiento, por lo que la conducta sería constitutiva de la modalidad de peligro concreto en caso de verificarse algún peligro para la salud de alguna persona determinada⁸¹⁶.

Por último, en caso de que el empresario adopte las medidas correctoras necesarias como consecuencia de la intervención del órgano de la empresa encargado de supervisar la eficacia del modelo de prevención penal, cabría preguntarse si surgiría responsabilidad penal para la persona jurídica⁸¹⁷. Entre los requisitos de tal responsabilidad, se cumpliría el relativo a la comisión del delito en beneficio de la persona jurídica si, por ejemplo, con los vertidos ilegales la empresa pudo ahorrarse los costes que hubieran derivado del tratamiento de los mismos con arreglo a la normativa medioambiental. Partiendo de lo anterior, habría que analizar si el plan de prevención penal de la empresa ha sido eficaz sobre la base de que su existencia no ha servido para evitar la comisión del delito de peligro abstracto, pero sí para evitar la concreta puesta en peligro o lesión del bien jurídico individual, en el sentido de que ha prevenido de

perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, en este último caso, sin que tenga que haber provocado, siquiera, un peligro concreto”. *Ibidem*. pp. 111 y ss.

⁸¹⁶ Vid. LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 118 y ss.

⁸¹⁷ Por otro lado, en relación con la posible responsabilidad penal del auditor ambiental, como expone MONTANER FERNÁNDEZ, “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, en *InDret*, nº 2, 2012, pp. 2 y ss., es importante resaltar que actualmente la actividad empresarial se desarrolla no solamente sobre la base de la regulación jurídica que le sea vinculante, sino también atendiendo a los parámetros de actuación establecidos en distintas formas de autorregulación: “fruto de la autorregulación normativa surgen, precisamente, las auditorías ambientales y, de ahí, su sujeto principal, el auditor ambiental. Su actividad se relaciona con la gestión medioambiental de la empresa. En los casos en los que tiene lugar un delito ecológico de empresa cabe plantearse la posible responsabilidad penal del ecoauditor, pues éste realiza una aportación que, si es incorrecta, puede generar riesgos medioambientales. En cualquier caso, la aportación del ecoauditor al delito ecológico se enmarca en un contexto complejo en el que intervienen otras personas con competencias más significativas en relación con la gestión medioambiental”.

manera idónea la comisión del delito ecológico de peligro concreto, así como la comisión de un delito de lesiones, al no haber afectado la conducta la salud individual de ninguna persona concreta como consecuencia de dicha intervención del órgano de supervisión. Así las cosas, la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica sólo podría surgir – al igual que la del empresario – en relación con el delito de peligro abstracto. Por lo tanto, habría que analizar la idoneidad del plan de prevención en función de si debería haber sido eficaz para evitar la comisión de este delito; en otras palabras, debería examinarse si la empresa omitió alguno de los deberes de control que tenía sobre sus miembros, lo que dependería de las circunstancias concretas del caso.

7. Supuesto nº 7: delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP)

“En relación con el art. 301 CP y los arts. 1, 2 y 18 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el sujeto G se dispone a vender un solar al sujeto I a sabiendas de que éste va a pagar con dinero procedente del tráfico ilegal de drogas, pero finalmente renuncia a celebrar el contrato de compraventa porque tiene conocimiento de que la entidad de crédito que debía efectuar la transferencia ha comunicado al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias que existen indicios de que la operación está relacionada con el blanqueo de capitales”.

En la doctrina hay división de opiniones en torno al bien jurídico protegido por el delito previsto en el art. 301 CP⁸¹⁸. Según la corriente mayoritaria, se tutela el correcto funcionamiento del mercado y de la circulación de capitales, bajo el control del poder tributario del Estado, todo ello sin perjuicio de que también se pretenda proteger la libre competencia y la Administración de Justicia, así como evitar el enriquecimiento con los

⁸¹⁸ A juicio de ABEL SOUTO, “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense”, en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Dirs. Demetrio Crespo / González-Cuéllar Serrano, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 103, las normas penales sobre blanqueo, de raigambre estadounidense, dilapidan los límites y garantías clásicos del Derecho Penal, si bien opina que son muy utilizadas por la fiscalía debido a su severidad y amplitud, y a la expansión impulsada por convenios y organismos internacionales. Según CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, p. 167, el delito de blanqueo de capitales es una infracción contra el orden socioeconómico por su ubicación sistemática, que afecta a la fase de integración de los bienes de origen delictivo en el sistema económico legal. Entiende que la finalidad de este delito sería impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad, por lo que habría que dificultar el agotamiento de los delitos que suponen la obtención de un beneficio económico extraordinario por no tener que soportar los costes que se exigen a las ganancias lícitas.

beneficios obtenidos de la comisión de un delito precedente⁸¹⁹. De esta suerte, mediante la configuración del delito de blanqueo se castigan toda una serie de conductas dirigidas a ocultar el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva⁸²⁰. Especialmente en los delitos que proporcionan grandes cantidades de dinero, la previsión legal trata de impedir que a través de maniobras o actos de adquisición, posesión, uso, transformación, transmisión u otros ejecutados con la misma finalidad, pueda crearse un patrimonio que, aunque procedente del delito, presente una apariencia lícita en tanto que desvinculada de cualquier acto delictivo previo⁸²¹. Se pretende, en consecuencia, evitar la introducción de bienes procedentes del delito en los circuitos legales del comercio o, en general, de la actividad humana, sea estrictamente mercantil o de otro tipo (STS 208/2016, de 11 de marzo)⁸²². Así las cosas, el delito de blanqueo de capitales está configurado por los siguientes elementos típicos: la realización de una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen y aflorarlos en el mercado lícito; y, en el caso del subtipo agravado del art. 301.1 CP párr. II, que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias

⁸¹⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 470. Sobre la autonomía del delito de blanqueo de capitales respecto al delito de receptación, vid. ABEL SOUTO, “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense...”, pp. 108 y 109.

En opinión de CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, pp. 166 y ss., el blanqueo consiste en introducir en el sistema financiero bienes que tienen su origen en un hecho delictivo, con la finalidad de legitimar estos bienes, es decir, de reconvertir bienes de origen delictivo. Entiende la autora que, desde la reforma del CP operada a través de la LO 5/2010, este delito tiene un ámbito de aplicación desmedido, toda vez que se criminaliza la mera tenencia o uso de esos bienes, a la vez que se amplía también el número de sujetos activos.

⁸²⁰ Desde una perspectiva internacional la persecución del blanqueo de capitales se vincula a las exorbitantes ganancias generadas por el tráfico de drogas a los delincuentes, constituidos sobre todo en “organizaciones criminales”: “se entendió entonces que precisamente estas ganancias constituían un punto débil de la organización criminal, pues para poder utilizarlas en el contexto de las relaciones lícitas se necesita introducirlas antes en el tráfico financiero legal”. Sobre ello, ABANTO VÁSQUEZ, “Evolución de la Criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania”, en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Coords. Ambos / Caro Coria / Malarino, Ed. Jurista Editores, Lima, 2015, p. 32.

⁸²¹ Vid. REBOLLO VARGAS, “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, en *RDPC*, nº 10, 2013, pp. 188 y ss.

⁸²² En palabras de RUBIO LARA, *Parte Especial de Derecho Penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y la Jurisprudencia españolas)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 138, “podemos considerar que, en un sentido amplio, se puede denominar al blanqueo de bienes como aquel proceso por el que se pretende hacer legítimos bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la Administración Tributaria. De otra parte, en un sentido estricto, blanqueo de bienes sería el proceso de reconvertir bienes de origen delictivo. Con todo, es mayoritaria la definición del blanqueo de bienes como el proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarles de una apariencia de legalidad”.

psicotrópicas⁸²³. Ninguno de estos extremos se puede “presumir” en el sentido de ser suficiente con la mera probabilidad o sospecha – más o menos alta – de que pueden realmente concurrir, de modo que ha de tratarse de datos cuya existencia sea objetivable (SSTS 220/2015, de 9 de abril; 508/2015, de 27 julio; 974/2012, de 5 de diciembre)⁸²⁴.

La doctrina jurisprudencial admite sin reservas la posibilidad de cometer un delito de blanqueo de capitales con dolo eventual (SSTS 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 marzo)⁸²⁵. En los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene un conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia, realizando actos idóneos para ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos. En cuanto al delito de blanqueo por imprudencia, se exige que ésta sea grave, es decir, temeraria⁸²⁶. De esta manera en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave (esto es, en la no obtención imprudente de dicho conocimiento)⁸²⁷. No recae la imprudencia sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la

⁸²³ En cuanto al bien jurídico protegido, la doctrina admite que el delito de blanqueo de capitales tiene carácter pluriofensivo en la medida que con él se tutelan de modo simultáneo el orden socioeconómico, en su dimensión de transparencia y credibilidad de los sistemas financieros y de seguridad del tráfico mercantil; la Administración de Justicia, por cuanto la descripción del delito se asemeja a un tipo autónomo de encubrimiento; y la seguridad ciudadana, en tanto que se intenta evitar el favorecimiento del delito y el abandono de la idea criminal por el delincuente. *Ibidem*. pp. 139 y 140.

⁸²⁴ Sobre el marco normativo internacional en torno a este fenómeno criminal y su transposición al Ordenamiento jurídico español, REBOLLO VARGAS, “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España...”, pp. 193 y ss.

⁸²⁵ Vid. ABEL SOUTO, “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense...”, p. 111.

⁸²⁶ Según FERNÁNDEZ TERUELO, “Blanqueo de capitales”, en *Penal Económico y de la Empresa (2011-2012)*, Coord. Ortiz de Urbina Gimeno, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 683, la posibilidad de blanqueo de capitales por imprudencia plantea dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales de referencia (art. 301 CP) es un delito esencialmente doloso que incorpora incluso un elemento subjetivo del injusto, consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación.

⁸²⁷ Según CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, p. 169, el blanqueo por imprudencia grave “comporta la negligencia inexcusable referida a la procedencia y al uso que se le da a los bienes, porque el sujeto activo debía conocer fácilmente esta situación. La legislación penal tiene que completarse, fundamentalmente para la determinación de los deberes de cuidado, con la legislación extrapenal, que impone obligaciones administrativas a sujetos ‘sensibles’, en determinadas conductas sospechosas. El incumplimiento de estas obligaciones (diligencia debida, información, control, secreto) puede ser un elemento para fundamentar la responsabilidad por imprudencia. En cierta medida esta legislación supone la inversión de la carga de la prueba porque una operación sospechosa tiene validez indiciaria, siendo necesario que el sospechoso/imputado sea quien demuestre la finalidad económica real a la que obedece”.

procedencia delictiva de los bienes, el sujeto actúe sobre ellos realizando una conducta de las que describe el tipo, y por lo tanto causando objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes, con un beneficio auxiliador para los autores del delito del que aquéllos procedan (STS 412/2014, de 20 de mayo).

Estimo que el tipo básico del art. 301.1 CP se configura como un delito de peligro abstracto, al bastar con que la conducta formalmente típica sea idónea para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes⁸²⁸. Desde esta perspectiva, el concepto de blanqueo de capitales de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sería más amplio que el específicamente penal⁸²⁹, al castigar como tentativas de perpetrar un acto de blanqueo lo que en la regulación penal serían actos preparatorios impunes⁸³⁰. Así por ejemplo quedan fuera de la órbita del tipo penal las conductas tendentes a la adquisición de bienes procedentes de actividades delictivas, pero anteriores a su adquisición efectiva (como podrían ser determinados actos de negociación y concertación entre comprador y vendedor)⁸³¹. Por el contrario, esta conducta sería sancionable con arreglo a la Ley 10/2010, al incriminar ésta expresamente las “tentativas” de perpetrar las conductas anteriores, entre ellas la “adquisición” de bienes procedentes de actividades ilícitas. La conclusión sería que la Ley 10/2010 persigue conductas anteriores a la realización de algunos de los actos previstos literalmente en el art. 301.1 CP. De esta manera, lo que de conformidad con dicho precepto penal serían actos preparatorios (impunes), con arreglo a la Ley 10/2010 serían sancionables, al incluir ésta en el concepto de blanqueo de capitales conductas anteriores a la realización de algunas de las modalidades del delito de peligro abstracto⁸³².

⁸²⁸ Como expone FERNÁNDEZ TERUELO, “Blanqueo de capitales...”, p. 671, el delito de blanqueo de capitales define “una serie de comportamientos destinados a integrar en el sistema financiero los bienes o dinero procedentes de actividades delictivas y, tras la modificación del CP art. 301 por LO 5/2010, también la mera posesión o utilización del dinero o bienes de origen delictivo”.

⁸²⁹ A juicio de un amplio sector de la doctrina, la “expansión” del delito de blanqueo de capitales se ha culminado con el entendimiento del autoblanqueo como delito de blanqueo, si bien se plantea la eventual inconstitucionalidad de su punición con arreglo a parámetros de proporcionalidad, lesividad y prohibición de *bis in idem*, como apunta CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías constitucionales...”, p. 168.

⁸³⁰ Sobre las eventuales superposiciones entre ilícitos penales y administrativos en materia de blanqueo de capitales, REBOLLO VARGAS, “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España...”, pp. 206 y ss.

⁸³¹ Como señala RUBIO LARA, *Parte Especial de Derecho Penal económico español...*, p. 138, la adquisición supone la obtención de los derechos sobre los bienes de origen delictivo (propiedad, posesión, etc.).

⁸³² Denuncia el exceso de palabras del comportamiento típico previsto en el delito de blanqueo, lo que da lugar a reiteraciones y solapamientos, REBOLLO VARGAS, “La deslegitimación de la prevención del

Con estas consideraciones puede resolverse el caso planteado. Para ello hay que partir del dato de que el sujeto G tiene conocimiento de que el dinero con el que el sujeto I se dispone a pagar el solar procede de una actividad delictiva, y de que finalmente desiste de la celebración de la compraventa al sospechar que puede haberse iniciado el correspondiente expediente administrativo por parte de la autoridad competente⁸³³. Pues bien, en este caso el objeto material del delito sería el dinero procedente del tráfico de drogas, con el que el comprador pretendía pagar al vendedor. Desde la óptica del vendedor, su conducta no iniciaría la ejecución del tipo penal en la modalidad de adquisición⁸³⁴, pese a tener conocimiento del origen ilícito del dinero, ya que al renunciar a la celebración del contrato no llega a adquirir los activos que pretendían lavarse (es decir, el dinero procedente del tráfico de drogas). Por lo tanto, desde su perspectiva los actos realizados deberían considerarse preparatorios de un delito de blanqueo de capitales, en cuyo caso quedarían impunes. Su conducta tampoco podría incardinarse en la cláusula de cierre del precepto (consistente en realizar “cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”), ya que no llega a realizar ningún acto con trascendencia jurídica, ni por lo tanto idóneo para el afloramiento del dinero en sectores lícitos de la actividad humana. Ahora bien, su conducta sí podría castigarse de acuerdo con el art. 18 de la Ley 10/2010, ya que éste incrimina expresamente el intento de adquirir bienes procedentes de actividades delictivas.

VI. Recapitulación

Las cuestiones que han sido desarrolladas en este Capítulo confirman la viabilidad de la teoría de la imputación objetiva como parámetro interpretativo del injusto en general (también por consiguiente del injusto de los delitos de peligro abstracto). Para que ello

blanqueo de capitales en España...”, pp. 220 y ss., para quien el carácter abierto del precepto entraña indiscutibles riesgos en relación con el principio de taxatividad penal.

⁸³³ Según FERNÁNDEZ TERUELO, “Blanqueo de capitales...”, p. 673, “a través de la ‘adquisición’ se incorporan bienes al patrimonio propio, ya sea a título oneroso o gratuito”.

⁸³⁴ Si por adquisición se entiende, como concluye unánimemente la doctrina, obtención del dominio sobre los bienes de origen delictivo mediante una contraprestación. Sobre este aspecto del delito de blanqueo de capitales, REBOLLO VARGAS, “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España...”, p. 222.

sea así, es necesario exigir el primer requisito de esta teoría, relativo a la abstracta peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, a todas las manifestaciones delictivas. De esta manera se alcanza una notable restricción de la tipicidad, sobre todo en relación con aquellos delitos en los que más dificultades existen para advertir un significado de desaprobación material en las conductas que contemplan. Estas dificultades se manifiestan de modo paradigmático en los delitos de peligro abstracto, habida cuenta de que en ellos el tipo no contiene una referencia expresa al peligro de la conducta para el bien jurídico, lo que obliga a redoblar los esfuerzos materializadores si no se quiere incurrir en una interpretación formal de los mismos. Dentro de esta tarea, la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea ofrece una alta capacidad de rendimiento en orden a reducir el alcance de los tipos de peligro abstracto.

En este sentido, la tentativa inidónea indica el mínimo contenido de desvalor a partir del cual el hecho puede ser objetivamente desvalorado por el Derecho Penal y, por lo tanto, con los delitos de peligro abstracto no puede incriminarse conductas con un nivel de lesividad material inferior al de esa forma de imperfecta realización. Esto significa varias cosas, la primera, que sólo los riesgos que al menos contienen una carga de ofensividad igual a la propia de la tentativa inidónea pueden considerarse jurídico-penalmente no permitidos; la segunda, que la evitación de los riesgos con un nivel de dañosidad inferior al característico de la tentativa inidónea no puede entrar dentro de las finalidades de protección del tipo y, por tanto, deben considerarse penalmente irrelevantes en virtud de los principios de insignificancia o adecuación social. Consecuentemente, sólo cuando la conducta formalmente realizadora de un delito de peligro abstracto exprese además el significado social dañoso propio de la tentativa inidónea, puede estimarse que la misma es comunicativamente relevante desde el prisma del Derecho Penal, y por ende objetivamente imputable. Cuando ello no sea así, el hecho se corresponde estructuralmente con la parte objetiva de la tentativa irreal.

La comparación de los delitos de peligro abstracto con la imprudencia también resulta técnicamente viable, habida cuenta de que en ella también se encuentra presente el primer requisito de la imputación objetiva relativo a la peligrosidad de la conducta. Por lo tanto, a nivel conceptual no existe inconveniente alguno para configurar los delitos de peligro abstracto como una suerte de tentativa de un delito imprudente. Ahora bien, estimo que la comparación de los mismos con la tentativa inidónea proporciona mejores

resultados, puesto que a través de ella resulta inequívoco que la conducta no peligrosa para el bien jurídico se identifica con la tentativa irreal, lo que justifica su atipicidad penal. Siendo esto así, es preferible reservar la comparación entre la imprudencia y los delitos de peligro abstracto en relación con la estructura subjetiva de estos últimos. Desde esta perspectiva, los tipos subjetivos de la imprudencia y de los delitos de peligro abstracto serían sustancialmente idénticos, por cuanto en ellos a nivel subjetivo-interno se desvalora la decisión de actuar con conciencia de la peligrosidad de la conducta (culpa consciente) o debiendo haber advertido esa peligrosidad (culpa inconsciente). Puede concluirse entonces que los delitos de peligro abstracto son, en su dimensión objetiva, tentativas inidóneas de un delito de lesión o peligro concreto y, en su vertiente subjetiva, delitos imprudentes.

Ahora bien, desde una óptica objetiva, los delitos de peligro abstracto sólo pueden configurarse como tentativas inidóneas si el riesgo de la conducta se relaciona con un interés individual, puesto que en caso contrario en la mayoría de supuestos serían tan sólo delitos de lesión de un bien jurídico-penal supraindividual. Según ello, los delitos de peligro abstracto son, en un primer nivel, delitos de lesión de un bien jurídico supraindividual y, en un segundo nivel, tentativas inidóneas de un delito de lesión o concreta puesta en peligro de un bien jurídico individual. Esto subraya su carácter de delitos pluriofensivos, al tiempo que obliga a identificar un valor individual en el interés supraindividual expresamente tutelado por el tipo de peligro abstracto de que se trate (este interés individual subyacente o instrumentalmente protegido puede referirse a valores distintos de la vida o la salud de las personas, como se ha visto a propósito del delito de falsedad documental del art. 352 CP, en el que se protege, junto al bien jurídico supraindividual, el derecho de los ciudadanos de acceder a la información en condiciones de igualdad). Únicamente en los casos en los que no pueda identificarse un interés individual en el bien jurídico-penal supraindividual, podrá decirse que la protección penal de éste no aparece suficientemente justificada desde una óptica político-criminal, al configurarse como un interés excesivamente vago o difuso.

Así pues, el sistema de restricción de la tipicidad de los delitos de peligro abstracto que se ha sometido a contraste comprende dos fases. En una primera, desde la perspectiva de los límites formales de la tipicidad, se ha recalcado la importancia de una interpretación literal o gramatical de los preceptos alusivos a los delitos de peligro

abstracto. En esta línea se ha sostenido que sólo coinciden con el tipo aquellas conductas que inician su ejecución en sentido literal, es decir, aquellos actos cuyo significado se corresponde semánticamente con el del verbo expresamente previsto en la disposición de la Parte Especial de que se trate, lo que lleva a considerar preparatorias, y por lo tanto impunes, las actuaciones anteriores. En una segunda fase, desde el prisma de los límites materiales de la tipicidad, una interpretación teleológica de los preceptos permite seleccionar, de entre todas las conductas formalmente típicas, aquellas que además son adecuadas para producir un resultado de lesión o peligro concreto del bien jurídico individual, al crear individualmente consideradas un peligro penalmente no permitido para éste. Ahora bien, para que este segundo criterio de selección sea realmente operativo, es necesario examinar la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta en el caso concreto, no a través de presunciones o generalizaciones de peligro. Los casos examinados han permitido comprobar estas cuestiones, toda vez que en ellos los modelos de injusto y de inicio de la ejecución del tipo propuestos en general conducen a soluciones político-criminalmente satisfactorias. De esta manera, según se ha visto, en algunos de ellos la tipicidad de la conducta se ha excluido por razones formales (al no iniciarse la ejecución del tipo) y en otros por razones materiales (por no generarse un riesgo para el interés individual comprendido entre los que el tipo correspondiente pretende evitar); y, en los casos en los que se ha afirmado la relevancia penal de la conducta, la solución de punibilidad alcanzada se muestra compatible con los principios y límites del sistema penal, como los de *ultima ratio*, mínima intervención penal, subsidiariedad, etc.

En los casos en los que parece más claro decantarse por la punibilidad de la conducta con arreglo al delito de peligro abstracto correspondiente (como ocurre, p.ej., en el supuesto nº 6), lo que justamente justifica esta opción es la objetiva idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico individual, con independencia de que no se acabe produciendo ningún resultado de lesión o concreta puesta en peligro del mismo, en términos idénticos a los que acontece con la tentativa inidónea. Es pues esa probabilidad de resultado lo que expresa el contenido de lesividad social del hecho determinante del merecimiento de pena, lo que muestra la conducta como suficientemente comprometedora de las posibilidades de participación social individual. Por el contrario, en los casos en los que tan sólo se afecta el interés supraindividual, aunque sea a través de su lesión, el hecho no aparece dotado de la carga de lesividad necesaria como para

motivar una reacción penal, en cuyo caso parece preferible una sanción extrapenal en el supuesto de que ésta esté contemplada (es lo que sucede en el supuesto nº 5, en el que la tenencia ilícita de armas con fines de coleccionismo puede integrar una infracción administrativa, al infringir el comportamiento las pretensiones del Estado de controlar y supervisar la circulación de estos objetos, pero no una infracción penal, al no objetivarse adicionalmente un peligro para la vida o la integridad física de las personas).

Lo anterior permite concluir que las conductas *ex ante* no peligrosas para un bien jurídico individual se corresponden con la parte objetiva de la tentativa irreal; que los delitos de peligro abstracto son tentativas inidóneas de un delito de lesión o peligro concreto de un bien jurídico-penal individual (no necesariamente la vida o la salud de las personas); y que los delitos de peligro concreto son tentativas idóneas de un delito de lesión de un bien jurídico-penal individual, al entrar uno de los objetos materiales de este último en el radio de eficacia causal de la conducta. Así las cosas, si los delitos de peligro abstracto son tentativas inidóneas, no puede incriminarse una tentativa de un delito de peligro abstracto, puesto que ello conduciría a punir conductas *ex ante* no objetivamente peligrosas para un interés individual, con la consiguiente quiebra de los principios de lesividad y proporcionalidad. Por lo tanto, en relación con los delitos contra bienes jurídico supraindividuales, las conductas que no generen un riesgo penalmente desaprobado para el interés individual instrumentalmente protegido deben considerarse penalmente atípicas. Correlativamente, cuando ese riesgo existe, el delito de peligro abstracto se encuentra consumado, al presentar todos los elementos de una tentativa inidónea.

Con ello se fundamentan las razones de la inadmisibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto, lo cual no tiene que ir necesariamente unido a una ampliación de la tipicidad, en la medida que lo que serían tentativas de un delito de peligro abstracto en otras concepciones en ésta se sitúa fuera del alcance del tipo. Por el contrario, según se ha expuesto, conceptualmente sí cabría tentativa en los delitos de peligro concreto, en atención a que en ellos la realización de la conducta potencialmente adecuada para ocasionar el resultado puede no ir seguida de la otra exigencia de su tipo objetivo, relativa a la entrada de uno de los objetos materiales del delito en el radio de eficacia causal de la conducta. Así pues, existe tentativa de un delito de peligro concreto cuando no se produce el resultado típico de concreta puesta en peligro del bien jurídico

individual. Ha de notarse sin embargo que esta conducta sería idéntica a la del delito de peligro abstracto correspondiente, lo que conformaría un concurso de leyes entre los preceptos reguladores de la tentativa del delito de peligro concreto y el delito de peligro abstracto consumado, a resolver a favor de los segundos de acuerdo con el principio de subsidiariedad del art. 8.2 CP. La consecuencia sería entonces que las tentativas de un delito de peligro concreto, cuando exista el correspondiente delito de peligro abstracto, deben castigarse conforme a ésta último como tipo consumado (como ocurriría en una de las variantes del supuesto nº 6).

Por otro lado, el juicio de peligrosidad de la conducta se sustantiva por referencia a la representación del autor sobre su hecho, por lo que puede tener alguna relevancia el hecho de que éste incurra en una errónea configuración de la realidad. Así, en el supuesto nº 6, si el empresario no conoce el carácter tóxico de la sustancia que vierte al río, ni tampoco lo hubiera conocido un espectador objetivo colocado en su situación, la conducta no será objetivamente imputable (podría tratarse, p. ej., de una sustancia cuya naturaleza tóxica no esté científicamente contrastada). Ahora bien, en relación con la peligrosidad de la conducta, que es el elemento que debe abarcarse intelectiva y volitivamente en los delitos de peligro abstracto, normalmente habrá dolo eventual, toda vez que estas figuras delictivas incriminan – o deberían incriminar – los comportamientos alrededor de los cuales existe mayor consenso social acerca de su carácter potencialmente lesivo bienes jurídico-penales individuales (p. ej., la conducción temeraria en materia de seguridad vial). Así pues, la imprudente no detección del peligro propia de la culpa inconsciente, en los delitos de peligro abstracto puede corresponderse con la actuación con dolo eventual respecto de la peligrosidad de la conducta (el empresario tiene dos recipientes exteriormente idénticos, uno con líquido contaminante y el otro con un líquido inocuo para el medio ambiente, y, sin realizar ninguna comprobación, vacía el primero al río en la creencia de que se trata del segundo). Cuando el sujeto no infrinja la norma de cuidado subjetiva, al hacer cuanto está a su alcance para percibir los posibles peligros de su conducta, pero pese a ello no los advierte, la conducta ni siquiera es objetivamente imputable porque un espectador imparcial colocado en la posición del autor habría llegado a la misma conclusión que éste en cuanto a la inidoneidad de la conducta para producir el resultado. Ello confirma la relevancia de los conocimientos del autor sobre el hecho en orden a la imputación objetiva (como sucede, p.ej., en los supuestos nº 1 y 4: en el primero la conducta sería

punible porque el sujeto no sabía que sería interceptado por el policía, y por lo tanto que no llegaría a lesionar o poner en concreto peligro la vida o la salud de alguien; en el segundo el acto sería penalmente atípico porque el sujeto no tendría el deber de advertir en su actuación un grado de riesgo superior al que efectivamente percibió, con independencia de que éste se correspondiera o no con la realidad).

Por último, resaltar que otra de las ventajas de considerar el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto como tentativas inidóneas de un delito doloso con preferencia a contemplarlos como tentativas de un delito imprudente, reside en que la primera opción obliga a analizar la conducta desde la perspectiva del interés individual. En este sentido, al existir delitos contra bienes jurídicos supraindividuales de carácter imprudente, como sucede en materia de blanqueo de capitales, la comparación de la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto con la imprudencia de poco serviría en estos casos. Ello sería así al existir en estos supuestos el riesgo de relacionar únicamente la inobservancia del cuidado debido con la posibilidad de lesionar el bien jurídico-penal supraindividual, en cuyo caso la interpretación resultante dispondría de una mucho menor eficacia restrictiva de la tipicidad. En cambio, la tentativa inidónea va por definición unida a la lesión de un interés individual, lo que contribuye a subrayar el aspecto material de los delitos de peligro abstracto. Como se ha dicho, un delito de peligro abstracto contra un bien jurídico supraindividual no puede realizarse en grado de tentativa, mientras que un delito contra un bien jurídico supraindividual puede ser de naturaleza imprudente.

CONCLUSIONES

1. La difusión de los llamados delitos de peligro abstracto es una de las características específicas del proceso de constante expansión del Derecho Penal. En ellos se plantean, fundamentalmente, dos problemas de distinto orden: el primero, relacionado con la orientación de esta técnica de tipificación a la tutela de intereses colectivos o difusos; el segundo, relativo a la determinación del peligro típico en base a módulos establecidos de forma centralizada por el legislador, lo que eximiría de comprobar la adecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico en el caso concreto. En relación con la primera cuestión, se ha defendido que la Constitución impone tácitamente el principio de lesividad, en el sentido de que toda conducta penalmente prohibida debe poner en peligro un bien jurídico individual (aunque además lesione un interés supraindividual). En cuanto al segundo problema, se ha defendido que los criterios para determinar la peligrosidad de la conducta pueden hallarse en el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea, en la medida que ésta expresaría las condiciones mínimas que debe reunir un hecho para ser penado. Esto permite afirmar que la objetiva peligrosidad *ex ante* de la conducta para el interés individual debe examinarse en el caso concreto, por lo que no puede presumirse ni establecerse de acuerdo con presunciones o parámetros estadísticos. Sólo la evitación de esta clase de peligros puede entrar dentro de las finalidades de protección del tipo. Esta comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea supone emplear criterios propios de la teoría de la imputación objetiva en cuanto a la creación de riesgos, a los efectos de que el círculo de conductas formalmente antijurídicas no sea más amplio que el de las que lo son materialmente.

2. Una vez verificados los elementos del tipo objetivo de la tentativa inidónea, se ha analizado si pueden explicar satisfactoriamente el injusto de los delitos de peligro abstracto. Para ello ha sido necesario abordar la cuestión de si los delitos de peligro abstracto protegen algún bien jurídico y, en su caso, en qué consiste. El interés de tal pregunta radica en que, si las prohibiciones penales tienen por objeto evitar menoscabos a bienes jurídicos, y en paralelo las conductas de los delitos de peligro abstracto se prohíben sin una relación necesaria o implícita con la posibilidad real de afectar un bien jurídico, el círculo de comportamientos prohibidos sería más amplio que el círculo de aquellos que son contrarios al fin de la norma. Mi tesis central al respecto es que la sustantivación de los delitos de peligro abstracto puede realizarse con arreglo a pautas

constitucionales y, por ende, con el instrumental que proporciona la caracterización del delito en un Estado Social y democrático de Derecho, en cuyo caso tales ilícitos aparecerían investidos del mismo nivel de legitimidad político-criminal que el resto de tipos penales. La ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto no podría predicarse por lo tanto de forma general o indiscriminada, sino que sólo podría afirmarse respecto de aquellos que no cumplan con los estándares de lesividad y proporcionalidad mínimos que impone una Teoría del Delito de raigambre netamente constitucional.

3. La admisibilidad de los delitos de peligro abstracto y de los bienes jurídicos supraindividuales no va unida sin más a la atribución de una función de estabilización normativa a la pena a través del ejercicio de la fidelidad al Derecho, ni a una flexibilización de las clásicas líneas de imputación de responsabilidad penal. Es posible hallar límites a la expansión del Derecho Penal en la teoría del bien jurídico, al proporcionar ésta valiosos criterios en orden a valorar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, como los vinculados a los principios de lesividad y proporcionalidad.

4. La necesidad de acudir a criterios materiales en la justificación del contenido de injusto de todo tipo penal se hace patente en la distinción entre tentativa irreal e inidónea. En esta última no se toma como dato decisivo la infracción de una norma de conducta como ataque a la vigencia de una pauta de comportamiento vinculante, sino el carácter comunicativamente relevante del intento al mostrarse éste en el momento en el que se realiza como racional o idóneo para afectar a la integridad de bienes jurídicos. Por lo tanto, si la tentativa irreal no resulta comunicativamente relevante es por su evidente falta de peligrosidad para cualquier observador racional o medio. Esto abona la tesis de que el problema de la legitimación de los delitos de peligro abstracto es sustancialmente análogo al de la legitimación de la punición de la tentativa inidónea. Desde esta perspectiva, en los casos en los que la conducta – formal o aparentemente – constitutiva de un delito de peligro abstracto en realidad no fuera objetivamente previsible que produjera ninguna lesión del bien jurídico, ocurriría lo mismo que en la tentativa irreal y, en consecuencia, la solución de impunidad debería ser la misma en ambos supuestos.

5. La peligrosidad de la conducta típica no puede determinarse a través de una generalización legal fundamentada en la opinión de que una clase de comportamientos

son habitual o frecuentemente peligrosos para el objeto material del delito y por lo tanto para su objeto jurídico. En los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta típica es un elemento del tipo, no únicamente la razón o motivo de la existencia del precepto correspondiente, lo que convierte en indispensable la prueba acerca de si el comportamiento era o no en el caso concreto *ex ante* objetivamente peligroso – o, lo que es lo mismo, la confirmación de la peligrosidad general de la conducta en el caso individual –. Se descarta de esta manera la posibilidad de deducir el carácter peligroso – y por lo tanto lesivo – de la conducta a partir de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador.

6. En contraste con los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro concreto disfrutaban de una categorización doctrinal ostensiblemente más pacífica e uniforme, en parte porque en ellos el peligro constituye una circunstancia explícitamente contenida en el tenor literal del tipo. Nadie discute en consecuencia que en los delitos de peligro concreto el legislador no sólo ha seleccionado, a partir de juicios de experiencia, formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico, sino que además ha querido que en el caso concreto se haya producido una puesta en peligro del objeto de la acción. En estas formas delictivas no basta por lo tanto con la puesta en práctica de la conducta descrita en el tipo, sino que además uno de los posibles objetos del delito debe entrar en el radio de eficacia de la conducta peligrosa en los términos expresamente aludidos en el tipo, lo que debe ser objeto de constatación en el caso concreto por el Juez.

7. Puede contribuir a una adecuada distinción entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto un claro deslinde lógico-conceptual entre los términos peligrosidad y peligro. La peligrosidad sería un atributo que calificaría la conducta, al informar acerca de su potencialidad lesiva, por lo que implicaría un juicio sobre la misma en el momento de ponerla en práctica, en el que se tomarían en consideración los conocimientos y datos disponibles en ese momento como juicio de pronóstico o previsibilidad acerca de la posibilidad de producción de una lesión o concreta puesta en peligro del correspondiente bien jurídico. Al ser un juicio a realizar por el Juez con posterioridad a la realización del hecho, se trataría en puridad de una prognosis a posteriori sobre lo que *ex ante* podría haber sucedido. En cambio, el peligro como situación se referiría a los efectos *ex post* de la conducta, al revelar las consecuencias

efectivamente derivadas de ésta. Á partir de aquí puede afirmarse que la gravedad del ataque, y por lo tanto la lesividad de la conducta determinante del merecimiento de pena, sólo dependen de la peligrosidad de ésta, es decir, de su objetiva idoneidad *ex ante* para ocasionar una lesión o concreta puesta en peligro del interés tutelado. El peligro como efecto, al ser un factor condicionado al efectivo desarrollo causal del hecho y por lo tanto en buena medida azaroso, sólo puede incidir eventualmente como desvalor de resultado en la necesidad de pena. Ahora bien, su presencia no significa que el hecho sea más grave desde la perspectiva de la infracción de la norma primaria, ni por lo tanto del injusto. Esto permite relativizar la importancia de la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto (de modo análogo a la relativización que se ha efectuado de la diferenciación entre la tentativa inidónea y la tentativa idónea). La formalización del concepto de peligro propio de los delitos de peligro abstracto se ha visto agravada por la confusión existente en la doctrina entre las nociones de peligro abstracto y peligro concreto. Resulta inexacto contraponer el peligro de los delitos de peligro abstracto, en tanto que abstracto o estadístico, con el de los delitos de peligro concreto, como peligro real o físico. Lo relevante entonces en los delitos de peligro es que, de haberse cumplido el pronóstico, se habría producido la lesión de un bien jurídico individual.

8. Las anteriores consideraciones obligan a definir qué es lo que se coloca en una situación de riesgo en los delitos de peligro. En esta línea, al Derecho Penal no le interesa la protección del funcionamiento de un sector de actividad considerado en sí mismo o de manera aislada, sino por ser una condición relevante entre las que posibilitan la presencia y el desarrollo del individuo en sociedad. De esta manera los bienes jurídicos supraindividuales también están atentos a las necesidades de las personas. Esta conjugación de valores sociales y personales en los bienes jurídico-penales permite afirmar en cierta medida que en todos ellos se combinan aspectos individuales y supraindividuales. Ello lleva a relativizar la clasificación tradicional entre bienes jurídico-penales individuales y supraindividuales, en tanto que todos los delitos que los protegen serían en este sentido pluriofensivos.

9. Si los bienes jurídico-penales supraindividuales se definen por su relación con los bienes jurídicos individuales, los delitos delito de peligro abstracto son al mismo tiempo tipos de lesión de un bien jurídico supraindividual y de puesta en peligro de un bien

jurídico individual. De la circunstancia de que el conflicto penal expresado por todos los tipos de delito tenga carácter público, al afectar a la convivencia social, se deriva que también en los intereses individuales se hallan presentes valores sociales. Y que los valores supraindividuales carecen de interés penal si aparecen desligados de todo referente individual, en cuyo caso sería preferible acudir a legislaciones extrapenales para protegerlos. En los delitos de peligro abstracto, con la lesión del conjunto de condiciones que garantizaban la seguridad del interés individual se produce la puesta en peligro de éste. En consecuencia, lo que diferencia los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales del resto de delitos no es tanto el objeto de protección, sino su estructura típica. De carecer los bienes jurídicos supraindividuales de toda referencia a un interés individual, no existiría ninguna garantía de que el Derecho Penal evite castigar actos inofensivos desde la óptica de la libertad individual al no comprometer las posibilidades de desarrollo de los ciudadanos en el seno del sistema social.

10. La exigencia de un cierto contacto entre la conducta penalmente típica y el bien jurídico-penal individual puede inferirse directamente de la Constitución, al imponer ésta determinados límites a la libertad de identificación y consagración penal de intereses. No establece positivamente cuáles son los intereses acreedores de tutela penal, pero indica cuáles no pueden ser tutelados penalmente. Según ello, aunque el objeto protegido por la norma penal puede ser el funcionamiento de un subsistema o modelo de organización, lo cierto es que ni la simple desviación respecto de la regla prescrita, ni el mero ataque al subsistema o modelo en sí, son suficientes para dotar de contenido el injusto, sino que además la conducta debe aparecer como potencialmente ofensiva para algún interés individual. Se deduce de todo ello que la conducta debe mostrar en el caso concreto que en el momento en el que se realiza genera, eleva o no neutraliza un riesgo penalmente relevante de lesión de un bien jurídico individual. Los límites a la creación de bienes jurídicos supraindividuales por parte del legislador penal serían entonces los que derivan, en primer lugar, de la necesidad de que éstos expresen un interés considerado socialmente preferente. En segundo lugar, que no entren en contradicción con los valores constitucionales, lo que obligaría a orientar funcionalmente dichos bienes a la tutela de intereses individuales. Sólo de esta manera la democracia en sentido formal o procedimental encuentra límites en su acepción material, en tanto que la libertad de los ciudadanos para elegir qué intereses consideran acreedores de tutela

penal estaría limitada por el fin de ampliación de las posibilidades de participación social individual al que éstos deben dirigirse teleológicamente. No sería legítimo tutelar penalmente un interés identificado como socialmente prevalente si con ello, en una errónea ponderación de intereses, se están reduciendo las fundamentales y legítimas opciones de participación social de todos o algunos ciudadanos.

11. Según esto, en todas las tipologías delictivas la afectación de un interés individual debe ser uno de los parámetros para medir el grado de nocividad del hecho, con independencia de que la reacción penal tenga carácter anticipado por la colocación de bienes intermedios entre la conducta y el interés individual de que se trate. Así pues, los bienes jurídico-penales pueden definirse unitariamente como intereses condicionantes de las posibilidades de participación social individual, los cuales han sido identificados socialmente como necesitados de amparo penal con arreglo a procedimientos democráticos legalmente establecidos. La diferencia entre ellos estribaría entonces en que esta protección de las posibilidades individuales de participación social se articula en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales a través de la tutela de los modelos o marcos organizativos de algunos sectores específicos de interacción social. Ello impediría individualizar en los bienes jurídicos supraindividuales titulares concretos, al pertenecer al conjunto de la sociedad.

12. La autonomía de la que se dota a los bienes jurídico-penales supraindividuales permite conformar un concurso ideal de delitos en caso de que la conducta comporte, junto a la afectación del interés supraindividual, la lesión de un interés individual. Así, de un lado se estaría afectando la forma de organizar el sector específico de interacción social del que se trate, y del otro una de las relaciones sociales concretas que se producen en el seno de ese sector.

13. De carecer de una referencia a un interés individual, los bienes jurídico-penales no expresarían el grado de consenso social existente acerca de en qué supuestos la libertad de actuación individual debe ser sacrificada a favor de intereses que en determinados supuestos se estiman superiores. La visión defendida se articula en torno a la concepción de los bienes jurídicos supraindividuales como intereses intermedios en cierta medida espiritualizados al tener carácter inmaterial, aunque sean instrumentales respecto de la tutela de bienes finales pertenecientes al individuo. Serían bienes

autónomos por cuanto su objeto estaría constituido por determinados sectores de interacción social, mientras que serían bienes intermedios en la medida que su función última consistiría en tutelar intereses individuales. Así pues, la función de representación que los bienes supraindividuales desempeñan determina que reclamen una cierta autonomía o protección propia, al dirigirse a la salvaguarda del funcionamiento de instituciones o subsistemas sociales. Se trata desde esta perspectiva de bienes que ofrecen una protección indirecta en tanto que garantizan la indemnidad de instituciones articuladas en beneficio de los individuos.

14. Con ello se ha intentado, en definitiva, resaltar tanto la dimensión social de los bienes jurídico-penales individuales como la dimensión individual de los bienes jurídico-penales supraindividuales, esto es, poner en valor las relaciones y puntos de contacto que se producen entre ambos niveles valorativos, lo que impide delimitarlos en términos absolutos o de forma totalmente rígida. Dichas relaciones se manifiestan sintéticamente a través del principio de lesividad, habida cuenta de que en cierta medida la lesividad social (real o potencial) de la conducta depende de su lesividad individual (real o potencial), y viceversa.

15. El reconocimiento de un contenido propio a los bienes jurídico-penales supraindividuales permite justificar, en los delitos de peligro abstracto que los tutelan, que el castigo sea en ocasiones superior al previsto para los delitos de peligro concreto y de lesión protectores de los mismos intereses individuales. Ello sería así porque en los delitos de peligro abstracto contra bienes jurídicos supraindividuales, además de ponerse en peligro un interés individual, se lesiona un ámbito de organización socialmente útil. No obstante, puede ocurrir que ni tan sólo la conducta en abstracto incriminada por el legislador – no ya la concretamente realizada – sea en general peligrosa para algún interés individual. En este supuesto ni por vía de interpretación teleológica podría darse cumplida satisfacción a las exigencias del principio de lesividad, en cuyo caso sólo cabe proponer *de lege ferenda* la derogación de los preceptos implicados. A pesar de lo anterior, antes de llegar a esta solución deben agotarse las posibilidades de restricción teleológica del delito de peligro abstracto de que se trate tomando el concepto legal de tentativa como cláusula general de lesividad. Cabe concluir entonces que, ante la falta de una previsión específica en la Parte General por medio de la que se explicita la carga mínima de lesividad que debe contener un

hecho para ser penalmente relevante, el concepto legal de tentativa es la referencia más segura y estable para estos efectos. Desde esta perspectiva el grado de injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto no podría ser inferior al de la tentativa inidónea, y si a ello se le añade que todos los delitos tienen que estar tácita o expresamente orientados a la tutela de un bien jurídico individual, la conclusión sólo puede ser que las conductas *ex ante* no objetivamente adecuadas para lesionar algún interés de esta clase deben considerarse penalmente atípicas.

16. Tras establecer el objeto de protección en los delitos de peligro abstracto, se ha intentado delimitar cuál es su específica modalidad de ataque a través de su comparación con la tentativa inidónea, lo que entronca directamente con la teoría de la imputación objetiva, en la medida que se toman prestados algunos de sus criterios, sobre todo los relativos a la adecuación del comportamiento para la lesión del bien jurídico. Así pues, la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea permite revertir el carácter acusadamente formal del modo en que tradicionalmente éstos han sido interpretados. A través de ello sería posible, en definitiva, erradicar los dos fenómenos que a mi juicio están en el origen de dicha formalización: el primero, relacionado con la total escisión lógico-conceptual entre los bienes jurídico-penales supraindividuales e individuales; el segundo, relativo a una determinación no individualizada caso por caso de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico. Se ha expuesto que el tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto, al interpretarse a la luz de los criterios suministrados por la teoría de la imputación objetiva, podría compararse también con la imprudencia (en la medida que podrían ser contemplados como imprudencias sin resultado). Ahora bien, como también se ha explicado, se ha optado por preferir la comparación con la tentativa inidónea, entre otros motivos porque en el CP están expresamente previstos los requisitos de la misma, entre ellos los concernientes a la peligrosidad de la conducta, de los que se extrae el grado de lesividad mínimo que debe presentar el hecho para ser penalmente relevante.

17. Para determinar el nivel de prevención exigible para entender que la conducta no es suficientemente peligrosa para el bien jurídico individual en un delito de peligro abstracto, lo decisivo es el examen de las finalidades de protección del tipo, de las que pueden extraerse los niveles de riesgo permitido, lo que no tiene por qué llevar a requerir una absoluta neutralización del peligro. Si para afirmar la existencia de un

delito de peligro abstracto no es necesario que la lesión del bien jurídico individual aparezca como una consecuencia segura de la conducta, lo lógico es estimar que para descartar la presencia de este delito no es preciso que la ausencia de dicho resultado sea una consecuencia segura de la actuación. Basta por lo tanto con que las medidas de precaución adoptadas por el sujeto permitan sostener que la lesión del bien jurídico individual no es una consecuencia racionalmente esperable de su comportamiento.

18. En la concepción defendida se evita incurrir en el establecimiento de una relación gradual entre el peligro abstracto y el peligro concreto. Resulta inviable configurar una graduación cuantitativa entre ambas clases de peligro. La peligrosidad abstracta no tiene por qué ser un grado previo al peligro concreto en sentido cuantitativo: la diferencia entre ambos peligros no reside en el grado de probabilidad de que se produzca la lesión del bien jurídico, sino básicamente en la perspectiva desde la que se enjuicia el hecho y en el objeto sobre el que recae dicha valoración. En el caso de los delitos de peligro concreto, se emite un juicio *ex post* en virtud del cual ha de ser constatable que un objeto material del delito ha entrado en el radio de posible eficacia causal de la conducta. En cambio, en los delitos de peligro abstracto la valoración del hecho recae únicamente sobre la situación que *ex ante* podía derivar del comportamiento típico. Que en una clase de delito se exija una efectiva puesta en peligro del objeto material de la acción y en la otra no, es compatible con que las respectivas conductas sean igualmente peligrosas, o incluso que lo sea más la tipificada como delito de peligro abstracto, sobre todo si se entiende que a través de ambas formas delictivas sólo deben prohibirse conductas gravemente peligrosas por mostrar un altísimo grado de probabilidad de conllevar una lesión del bien jurídico.

19. La constatación individualizada del peligro de la conducta puede contemplarse como un límite – al menos tácito – de los delitos de peligro abstracto. Aunque la ley no se refiera expresamente a tal exigencia en las descripciones típicas de la Parte Especial por medio de las que se prevén los delitos de peligro abstracto, lo cierto es que la misma puede extraerse, como se ha dicho, del concepto legal de tentativa. Metodológicamente, las opciones para articular dicha solución serían fundamentalmente dos, una primera, consistente en aplicar por analogía las referidas disposiciones sobre la tentativa; y, una segunda, en la que se entendiera que el tipo de cada delito de peligro abstracto no se agota en los enunciados específicos que lo prevén, y que por lo tanto debe integrarse

con las disposiciones relativas a la tentativa, las cuales lo completarían – de modo idéntico a como se opera en la tentativa, cuyo tipo completo de injusto resulta de la integración de las disposiciones especiales del correspondiente tipo consumado con aquellas que regulan en general esa forma delictiva—. Con independencia de lo anterior, lo cierto es que la comparación con el tipo de la tentativa – en particular con el de la inidónea – permite que el criterio del peligro opere en los delitos de peligro abstracto como auténtico límite de los mismos en virtud del cual delimitar claramente dónde acaba la prohibición penal y por tanto empieza la zona de libertad individual.

20. La producción del resultado de lesión del interés individual es menos probable cuanto menos adecuada o peligrosa se muestre la conducta. Pero esto no significa que en los delitos de peligro concreto las posibilidades de lesión de dicho bien sean mayores que en los delitos de peligro abstracto. Que el objeto material del delito entre en el radio de eficacia de la conducta es una circunstancia en muchas ocasiones dependiente del azar. Por lo tanto, la gravedad de la infracción del imperativo de conducta depende tan sólo de la objetiva previsibilidad de resultado advertida antes del inicio de la ejecución. Desde un punto de vista *ex post*, en los delitos de peligro el efectivo desarrollo causal del hecho siempre pone de manifiesto la ineptitud de la conducta para causar la lesión.

21. Así las cosas, los delitos de peligro abstracto conforman una técnica de tipificación compatible con el principio de ofensividad, toda vez que las conductas en ellos previstas no resultan ajenas a las finalidades de protección del tipo, al haber realizado el autor una conducta generalmente idónea para lesionar el bien jurídico, aunque no lo haya sido en el caso concreto. El objetivo peligro *ex ante* para el bien jurídico se erige una vez más en el criterio rector en virtud del cual se delimita la frontera mínima a partir de la que el Derecho Penal puede intervenir. Este peligro debe constatarse en el caso concreto, es decir a partir del conjunto de circunstancias *ex ante* cognoscibles para el autor y el espectador objetivo, lo que obliga a valorar datos tales como si el autor ha adoptado alguna medida de prevención que compense o neutralice el riesgo para el bien jurídico individual que su actuación generaba o incrementaba.

22. Según esta configuración del tipo objetivo de los delitos de peligro abstracto, el dolo típico debe abarcar el conocimiento y la voluntad de lesionar el ámbito de interacción social afectado por la conducta, más la conciencia de la peligrosidad *ex ante*

de la misma en el caso concreto para el interés individual (este dolo de peligro, distinto del dolo de lesión, guardaría una relación de identidad con la imprudencia consciente, al existir representación del peligro y confianza fundada en la no producción del resultado lesivo). En la práctica lo anterior supone restringir el ámbito de eficacia del error de tipo, al ser realmente pocos los casos en los que el sujeto puede ignorar la capacidad de su conducta para lesionar el interés individual subyacente al tipo.

23. En los delitos de peligro concreto la exigencia de peligro para un objeto de la conducta concreto está contenida en la literalidad del tipo penal, como una circunstancia expresamente requerida por su estructura. Pero esta no es una nota relevante si se estima que en los delitos de peligro abstracto – como en general en todo ilícito penal – es indispensable una comprobación de la situación peligrosa por parte del órgano jurisdiccional. No puede pregonarse entonces que en los delitos de peligro abstracto es el legislador quien, sobre la base de juicios de experiencia, selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que sea necesario que en el caso específico la conducta sea adecuada para producir la lesión del bien jurídico.

24. En todos los delitos es necesario verificar individualmente la adecuación *ex ante* de la conducta para ocasionar la lesión del bien jurídico, lo que permite conformar un juicio de desaprobación sobre el comportamiento a partir del que afirmar y modular el merecimiento de pena del hecho. Los delitos de peligro concreto precisan además que la situación individual produzca *ex post* la efectiva puesta en peligro del objeto material – no sólo del objeto jurídico, que también se coloca en una situación de riesgo en los delitos de peligro abstracto –. Es en este sentido que puede decirse que los delitos de peligro concreto responden a la estructura de los delitos de resultado, siempre que evidentemente este último no se configure como una modificación de un objeto físico, sino como una alteración de un estado ideal de cosas, es decir, como degradación de una situación de seguridad previamente existente. Sin embargo, este resultado *ex post* es ajeno a la órbita del injusto y, por tanto, su presencia sólo puede repercutir en una mayor necesidad de pena. La única diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto es entonces que en los segundos el órgano jurisdiccional debe comprobar la creación de un riesgo no sólo para el objeto jurídico del delito, sino

también para su objeto material (naturalmente, en el caso de los delitos de lesión, este objeto material es lesionado).

25. En la posición que aquí se ha sustentado, la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea dispone de un mayor y más claro potencial reductor de la tipicidad, entre otros motivos porque el concepto legal de tentativa – y por lo tanto de tentativa inidónea – está previsto legalmente de forma expresa; porque en ésta se procede siempre a una comprobación individual acerca de la peligrosidad de la conducta, lo que puede no suceder con la imprudencia, bien sea porque la infracción de la norma de cuidado se presume o se generaliza en abstracto; y porque las conductas subsumibles en el tenor literal de un delito de peligro abstracto en las que la objetiva ausencia de peligrosidad para el bien jurídico sea *ex ante* perceptible, pueden reconducirse a la estructura de la tentativa irreal, y por lo tanto estar en mejor posición para merecer una solución de impunidad. Según esto, la parte objetivo-externa del injusto de los delitos de peligro abstracto debe quedar constituida por un desvalor de peligrosidad objetiva, lo que puede contemplarse como un injusto de peligrosidad. Éste forma parte del desvalor de la conducta porque los delitos de peligro abstracto – al igual que la tentativa inidónea – no presuponen la efectiva puesta en peligro del objeto material del delito ni la lesión del bien jurídico, de modo que las consecuencias *ex post* del acto quedan extramuros de la tipicidad.

26. Las razones para aplicar ulteriores filtros a la mera realización de la conducta literalmente descrita en el tipo tienen en la teoría de la imputación objetiva su marco general. Por lo tanto, sin negar la necesidad de reclamar en ciertos ámbitos de organización la tipificación de delitos de peligro abstracto, se propone trazar líneas de delimitación de los mismos, de modo que la admisibilidad del recurso a ellos quede sujeta a un control de compatibilidad axiológica con el conjunto del sistema. La evolución de la teoría de la imputación objetiva puso de manifiesto la necesidad de elaborar un sistema de responsabilidad penal en el cual dos de sus principales vectores fueran la previsibilidad y cognoscibilidad obtenida de los datos científicos que suministra la experiencia empírica. Ello implica que no puedan castigarse hechos por la simple sospecha, no contrastada, de que puedan acarrear consecuencias lesivas. Ahora bien, los partidarios de una interpretación formal de los delitos de peligro abstracto alegan en defensa de la misma que con ella se facilita la prueba sobre la tipicidad de la

conducta, por cuanto el Juez queda dispensado de realizar una comprobación individual de la idoneidad lesiva de la concretamente realizada. Sin embargo, lo cierto es que en la propuesta de conceptualización formulada los delitos de peligro abstracto siguen ofreciendo mayores facilidades probatorias que los delitos de lesión y concreta puesta en peligro, en la medida que en ellos se elimina el problema de la determinación del nexo causal, al bastar con la comprobación de la potencialidad causal. Pero esto no puede soterrar, evidentemente, los problemas de indeterminación del tipo objetivo de algunos de los delitos de peligro abstracto, habida cuenta de que uno de los presupuestos de la plena operatividad del juicio de previsibilidad es una adecuada caracterización del bien jurídico, del objeto sobre el que ha de recaer la conducta y de las circunstancias llamadas a influir en tal valoración. Esto ensalza la proyección crítica, y la consiguiente propuesta de limitación de esta modalidad delictiva, que resulta de la propuesta de interpretación formulada, en la que la carga semántica del concepto de tentativa inidónea desde la perspectiva de la lesividad de la conducta juega un papel determinante.

27. Se ha visto como la eficacia del control de constitucionalidad como instrumento para descartar la legitimidad de un precepto, por falta de coincidencia entre lesividad y conformidad formal con el tipo, es limitada. Ciertamente, la declaración de inconstitucionalidad no puede ser un mecanismo habitual para compatibilizar las disposiciones de la Parte Especial con el principio de lesividad, en aquellos casos en los que el peligro presumido por el legislador no se manifiesta en la concreta conducta incriminada – no sólo en la concreta conducta realizada, la cual en caso de ser inofensiva es, como se ha visto, penalmente irrelevante –. Por ello resulta necesario agotar las posibilidades de restricción teleológica de los tipos en cuestión cuando ello sea posible. Sin embargo, razones de honestidad científica imponen el deber de reconocer que no todas las disposiciones de la Parte Especial son perfectamente conciliables con las bases del sistema. De ahí la importancia de interpretar el concepto legal de tentativa como cláusula general de lesividad, a los efectos de consagrar una interpretación y aplicación de los tipos de peligro abstracto con arreglo a criterios teleológicos, y en consecuencia posibilitar la distinción entre una realización aparente y una realización efectiva del tipo.

28. Esta propuesta de interpretación, articulada alrededor de los fines de protección de la norma, lejos de ser privativa de los delitos de peligro abstracto, es uno de los pilares esenciales sobre los que actualmente se construye la antijuridicidad material. Con ello se evita incurrir en una aplicación excesivamente mecánica y literal de los preceptos penales, así como en su aplicación a conductas carentes de peligrosidad. Se abren paso de este modo tendencias doctrinales y jurisprudenciales en virtud de las cuales se postula la impunidad del hecho cuando la concreta conducta se muestra inocua o no suficientemente dañina para el interés tutelado, en base a principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de insignificancia. Esta corriente crítica, basada en la exclusión de la tipicidad de las conductas en las que la dañosidad potencial para el bien jurídico es nula o suficiente, marca el horizonte hacia el que creo deseable avanzar en el futuro.

29. Si en los delitos de lesión la falta de creación de un peligro desaprobado conduce, no a la punición del hecho como tentativa, sino a la impunidad del mismo, idéntica suerte deben correr las conductas formalmente realizadoras de un delito de peligro abstracto cuando se den las mismas circunstancias. Según ello, este primer nivel de imputación objetiva, relativo a la creación, incremento o no control de un riesgo no permitido a través de la conducta, el cual además entre dentro del alcance del tipo, debe ser generalizado a todos los tipos de delito. En el ámbito de los delitos de peligro abstracto, esto permite descartar – ya en el terreno objetivo – la tipicidad de aquellas conductas que no presentan un atributo de peligro suficiente. De esta manera los criterios formulados por la teoría de la imputación objetiva no serían privativos de los delitos de resultado, dolosos o imprudentes, sino que serían también aplicables al resto.

30. En cuanto al contenido del juicio de peligro, se han destacado ya los paralelismos entre el criterio de la creación de un riesgo típicamente relevante en la imputación objetiva y la tentativa inidónea. En esta última se manifiesta y sintetiza, según se ha dicho, el juicio de previsibilidad objetiva necesario para la infracción de una norma penal, si bien la naturaleza, contenido y alcance de esta prognosis posterior-objetiva propia de la teoría de la adecuación sigue siendo en la actualidad objeto de debate. Considerar la superación de los márgenes de riesgo permitido un criterio determinante de la tipicidad implica que incida en la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, no en el conflicto entre dos o más intereses tutelados penalmente propio de

las causas de justificación. De este modo los intereses en conflicto que han de ponderarse son, por un lado, el relativo a la libertad de acción en general – y en concreto a realizar la conducta en cuestión – y, por otro, el concerniente al valor materialmente protegido por la norma formalmente aplicable. Como ha puesto de relieve la teoría del riesgo permitido, en esta ponderación de intereses lo determinante es una consideración individualizada de la relación entre el nivel de riesgo de la conducta y la entidad de los bienes jurídico-penales potencialmente afectados.

31. Nada de lo anterior cambia por el hecho de la estructura típica de los delitos de peligro abstracto incluya la lesión de un bien jurídico-penal supraindividual intermedio. Es usual poner de relieve sin embargo las dificultades para concebir una lesión o puesta en peligro en esta clase de bienes, sobre la premisa de que éstos se caracterizarían por su carácter inmaterial y difuso. Ciertamente, si se parte de una noción normativa y no sólo fáctica de los bienes jurídicos, éstos adquieren una estructura más flexible, y por lo tanto quedan más expuestos a ser lógicamente y valorativamente distorsionados o manipulados. Por ello resulta necesario dotarlos de una autonomía y entidad suficientes como para que aparezca justificada su protección penal. En esta línea, ni la espiritualización de los bienes jurídicos, ni la colocación intermedia de bienes, puede ser un pretexto para que el campo de los objetos de protección penal sea ilimitado. Uno de los límites principales frente a ésta técnica de configuración es, como se ha dicho, la lesividad de la conducta para bienes finales, no sólo para el mantenimiento del sistema de organización en el que éstos se inscriben. Según ello, la función de las normas penales no puede ser la automatización de conductas para evitar la simple desviación respecto de estándares de actuación legalmente preestablecidos, sino prevenir la superación de los niveles de riesgo para bienes jurídicos penalmente tolerables.

32. Con esto se llega a la concepción del injusto penal que aquí se defiende, como juicio de desaprobación basado en el desvalor objetivo-subjetivo de la conducta. Ello no equivale a defender, ni siquiera *de lege ferenda*, que el resultado no desempeña ninguna función dentro del tipo, puesto que puede formar parte del mismo como condición objetiva de punibilidad. Según esto, la exclusividad del desvalor de la conducta en la fundamentación del injusto no implicaría una relación de identidad en el ámbito de los delitos dolosos entre el tipo del delito consumado y el tipo de la tentativa, los cuáles pueden seguir diferenciándose desde la perspectiva de sus respectivas estructuras. Así,

cuando la conducta adecuada para menoscabar el bien jurídico, desemboque además en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico el hecho puede estar más necesitado de pena por razones preventivo-generales. Así las cosas, la consumación agrega datos relevantes al juicio en torno a la tipicidad del hecho, aunque éstos no incidan en el grado de merecimiento de pena del mismo.

33. A pesar de que las diferencias entre la tentativa y la consumación no se diluyan, y aunque la segunda esté más necesitada de pena que la primera, lo cierto es que la concepción expuesta permite concebir el delito intentado como el “prototipo de injusto penalmente relevante”. Lo que en última instancia se propone con esta visión es un “recorte” de la teoría de la imputación objetiva, de modo que ésta quede en general limitada al primero de los filtros que prevé en orden a la determinación de la relevancia penal de la conducta, esto es, a la comprobación de la realización de una conducta peligrosa para el bien jurídico. De esta manera, el segundo de los filtros que dicha teoría comprende, relativo a la concreción del riesgo de la conducta en un resultado de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico, quedaría reservado para los delitos de resultado consumados, dolosos o imprudentes. Conforme a ello, la teoría de la imputación objetiva se reconduciría en general a la imputación de riesgos, y sólo en los delitos de resultado consumados además a la imputación de una lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico.

34. De expresar la tentativa inidónea el segmento de la teoría de la imputación objetiva común a todos los tipos, su estructura puede exportarse también a los delitos de peligro abstracto. Obviamente, si se dice que la estructura de la tentativa inidónea se encuentra presente en todos los delitos, los cuales pueden incorporar elementos adicionales, como sucede con los delitos de resultado (dolosos o imprudentes), los requisitos de esta figura forman parte también de los presupuestos del tipo imprudente y, en esta medida, este último puede compararse con el tipo de los delitos de peligro abstracto. Es por ello que se ha postulado que la comparación entre la tipicidad de los delitos de peligro abstracto y la de la imprudencia no resulta incorrecta. Pero los elementos que estas dos clases de tipos comparten son en realidad los específicos de la tentativa inidónea, de modo que sería preferible comparar los delitos de peligro abstracto con ésta. Otro de los motivos que aconsejan decantarse por asimilar los delitos de peligro abstracto a la tentativa inidónea frente a la imprudencia, es que en ésta última el tipo exige otros elementos

relativos a la producción de un resultado (de lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico), unido a la circunstancia de que una imprudencia sin resultado *ex post*, es decir, una tentativa de un delito imprudente es incompatible con el Derecho positivo. Asimismo, quienes comparan los delitos de peligro abstracto con la imprudencia parecen obviar el tipo subjetivo de ésta última, toda vez que en la culpa inconsciente lo determinante es justamente la negligente falta de detección del peligro de la conducta. Y, por otro lado, tan sólo están en condiciones de relacionar el comportamiento de los delitos de peligro abstracto con el bien jurídico-penal individual, por lo que no pueden captar el contenido de lesividad del hecho para el interés supraindividual afectado. A la vista de esta situación, entiendo que la equiparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea es la que mejor expresa su contenido material de injusto, y por lo tanto es la que con mayor precisión clarifica las dudas existentes en la materia, en atención a que en ella se hace innecesario recurrir a complejos ejercicios de abstracción, como imaginar una imprudencia sin resultado, opción que por otro lado ni siquiera es admitida por algunos autores a nivel hipotético o meramente teórico.

35. Si la evitación del quebrantamiento de las norma de conducta contenida en la norma primaria se quiere enfocar instrumentalmente a la protección de bienes jurídicos, de modo que para la tipicidad de la conducta no baste con la simple infracción formal de un imperativo, es necesario que la naturaleza de los delitos de peligro abstracto responda realmente a la que es específica de esta clase de delitos, es decir, que sean efectivamente delitos de peligro abstracto (para un bien jurídico individual) y no sólo delitos de lesión (de un bien jurídico supraindividual). De consumarse con la simple lesión del bien jurídico supraindividual, estas modalidades delictivas se fundamentarían en la mera infracción de normas que disciplinan un determinado ámbito de organización social y, por tanto, su injusto carecería de la mínima materialidad exigible al no poder relacionarse con la tutela de condiciones esenciales de las posibilidades de desarrollo social individual, esto es, con la usurpación a través de la conducta delictiva de ámbitos de libertad ajenos, que es lo que en última instancia justifica la intervención penal. Por ende, la admisión en un plano teórico de los delitos de peligro abstracto no lleva a validar, en términos dogmáticos ni político-criminales, todos los tipos penales de la Parte Especial que “aparentemente” responden a esta naturaleza según el modo en que convencionalmente son concebidos. Cuando el delito analizado carezca de un referente individual, dado que en puridad no se estará ante un delito de peligro abstracto (para un

bien jurídico individual) sino tan sólo ante un delito de lesión (de un bien jurídico supraindividual), lo procedente es denunciar la ilegitimidad político-criminal del tipo penal en cuestión, así como la imposibilidad de interpretarlo conforme a la Teoría del Delito, al tratarse de una simple infracción de desobediencia carente del soporte material necesario.

36. Si la incriminación de un delito de peligro abstracto se fundamenta (en parte) en la creación de un peligro para un bien jurídico individual, cabría preguntarse por qué estas conductas no se castigan como tentativas de un delito de lesión. En mi opinión la respuesta a esta pregunta estriba, por un lado, en que en los delitos de peligro abstracto la conducta es además adecuada para lesionar un bien jurídico supraindividual, lo que sin duda determina un incremento del grado de lesividad del hecho; y, por otro lado, en que en estas formas delictivas el dolo del autor no abarca la lesión del bien jurídico individual, lo que impide configurar el hecho como una tentativa de un delito de lesión.

37. Ahora bien, que los delitos de peligro abstracto respondan al modelo general de injusto penal, no significa que sea político-criminalmente deseable elevarlos a la categoría de modelo general de tipificación de conductas, pues en caso contrario el sistema estaría potencialmente expuesto a castigar conductas no suficientemente necesitadas de pena desde la óptica de la prevención general. Para llegar a esta conclusión puede ser útil la comparación de los mismos con el tipo imprudente (lo que no deja de ser dogmáticamente viable a pesar de que se prefiera compararlos con la tentativa inidónea). Si desde una óptica político-criminal se afirma que no sería conveniente la incriminación general de imprudencias sin resultado (es decir, de tentativas de un delito imprudente), por la grave inseguridad jurídica que ello generaría por cuanto obstaculizaría sobremanera los contactos sociales, es posible sostener que las mismas consecuencias negativas acarrearía un recurso ilimitado a los delitos de peligro abstracto, con la consiguiente vulneración de los principios de mínima intervención, *ultima ratio*, subsidiariedad, fragmentariedad, etc.

38. De referirse la peligrosidad de la conducta únicamente a la integridad de un ámbito de interacción social, la simple infracción de alguna de las reglas de conducta que lo ordenan integraría el injusto, en cuyo caso éste aparecería preferentemente definido mediante elementos formales. Bajo este punto de vista, ciertamente los delitos de

peligro abstracto contra bienes jurídico-penales supraindividuales serían en realidad delitos de lesión de éstos. Pero que su estructura sea la de delitos de lesión no implica necesariamente que en ellos las exigencias típicas sean superiores. Antes lo contrario, por cuanto cualquier conducta formalmente vulneradora del imperativo contenido en la norma primaria lesionaría el ámbito de organización en el que se inserta y, por lo tanto, reuniría los presupuestos del tipo, de manera que los márgenes de riesgo permitido quedarían expuestos a ser tendencialmente nulos. De integrarse el tipo sólo a través de la realización del hecho formalmente descrito en el mismo, el injusto queda despojado de referencias materiales. En este sentido, si la conducta sólo debe generar un peligro para las normas que disciplinan el sector de actividad de que se trate, el cual se concrete en una lesión del mismo, toda actuación formalmente típica puede entenderse que ya quebranta por sí misma ese ámbito de organización. Es decir, el simple apartamiento formal de la regla prescrita colma las exigencias del injusto, por lo que sólo la referencia a valores individuales puede operar como auténtico criterio de restricción material de la antijuridicidad en sentido formal. En otras palabras, si lo que justifica la reacción penal es el quebrantamiento de la validez de las reglas rectoras de un subsistema social, esta validez se ve menoscabada por el mero incumplimiento a través de la conducta de alguna de ellas.

39. Si en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no subyace un valor individual, lo cierto es que estructuralmente pueden concebirse como delitos de lesión, y en esta medida a nivel conceptual pueden darse supuestos de tentativa cuando la conducta peligrosa para el ámbito de organización *ex post* no lo lesione. Pero, en atención a que en esta visión la antijuridicidad es acusadamente formal, la conclusión sólo puede ser que se ocasiona una lesión del ámbito de organización de que se trate a través de cualquier conducta adecuada para ello. Y las conductas adecuadas para ello son las formalmente típicas. De modo que esta perspectiva en realidad conduce a afirmar que consuma el tipo cualquier conducta formalmente típica. Consecuentemente, carecería de sentido emplear los criterios suministrados por la teoría de la imputación objetiva, es decir, referencias de valor materiales como puede ser las relativas a la peligrosidad de la conducta en términos probabilísticos, o a la lesión del bien jurídico con arreglo a parámetros causales.

40. El Derecho Penal debe disfrutar de cierta autonomía valorativa para perfilar sus propios límites de riesgo permitido, los cuales en general han de ser más amplios que en el resto de sectores del Ordenamiento, habida cuenta de que sólo está llamado a reaccionar ante los hechos más graves al ser las consecuencias jurídicas por él previstas las más limitativas de derechos fundamentales. De carecer el sistema penal de sus propios criterios valorativos, y consecuentemente de sus propias finalidades de protección, sería difícilmente identificable un injusto específicamente penal (lo que se pone particularmente de manifiesto cuándo se produce un solapamiento entre infracciones penales y extrapenales, en las cuales se prevé exactamente el mismo supuesto de hecho, como sucede en material de seguridad vial). Estimo, en suma, que una total desconexión de los bienes jurídico-penales supraindividuales de intereses individuales llevaría aparejado un riesgo de difuminación de las finalidades específicas del Derecho Penal, y por lo tanto de su característico contenido de injusto, a la vista de que la protección de ámbitos de organización social es un fin también identificable en otras ramas del Ordenamiento, singularmente en el Derecho Administrativo sancionador. No podría decirse, en definitiva, que un tal Derecho Penal reacciona frente a los ataques contra las más esenciales condiciones de participación social individual.

41. Se ha visto que si conceptualmente se considera que los delitos de peligro abstracto son en realidad delitos de lesión de un interés supraindividual, entonces no existe inconveniente alguno para apreciar tentativa en ellos, en los casos en los que no se produzca el resultado consumativo (consistente en la lesión del interés supraindividual). Ahora bien, que en esta interpretación lógicamente pueda apreciarse tentativa en los delitos de peligro abstracto, no implica que en ella la intensidad de la respuesta penal sea menor, ni por lo tanto que con este modelo se reduzca el ámbito de la tipicidad. En primer lugar, porque la posibilidad de tentativa quedaría acotada a aquellos casos en los que la conducta sea adecuada para lesionar el ámbito de organización social pero finalmente no acabe lesionándolo, cuando lo cierto es que difícilmente puede alcanzarse a imaginar un solo supuesto que presente estas características, es decir, un caso en el que el ámbito de organización de que se trate no sea lesionado a través de la infracción formal de alguna de las normas que lo regulan (en efecto, la infracción formal de la norma de conducta ya supone una lesión del modelo de organización social que con ella se pretende regular).

42. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, dado que la lesión del bien jurídico supraindividual sólo expresa el contenido de antijuridicidad formal del hecho, poca o nula eficacia restrictiva de la tipicidad, o de modulación de la respuesta penal a través de la distinción entre tentativa y consumación, puede tener la desconsideración del elemento fáctico por medio del que es posible dotar el injusto de un contenido material, el cual va necesariamente referido a la peligrosidad de la conducta para un interés individual. Según ello, desde esta perspectiva, teóricamente sería posible apreciar tentativa en los delitos de peligro abstracto, puesto que en realidad se configurarían como delitos de lesión (de un interés supraindividual), pero en puridad no sería imaginable ningún caso concreto de tentativa de un delito de peligro abstracto, al implicar la realización formal del tipo la consumación delictiva si no se completa con criterios materiales, de modo que el alcance restrictivo de la tipicidad que brindaría esta interpretación sería nulo, en el sentido de que la respuesta penal no podría atemperarse a través de la apreciación de tentativa en algunos casos. Esta posibilidad, como decía, sería sólo concebible a nivel teórico o hipotético, por lo que carecería de toda virtualidad práctica en aras a modulación de la gravedad del injusto y por lo tanto de la respuesta punitiva. Ciertamente, esta visión, al ir indisolublemente unida a una interpretación preminentemente formal del tipo, no permite captar el específico contenido de injusto del hecho concretamente realizado. Pretender alcanzar este efecto a través de una interpretación formal del tipo – es decir, obviando la lesividad del hecho para intereses individuales – parece sin duda una labor utópica y en cierta medida antinómica.

43. En definitiva, una interpretación de los delitos de peligro abstracto como tipos sin un referente individual, y por lo tanto como de lesión de un bien jurídico supraindividual, permite que los mismos puedan ser realizados en grado de tentativa cuando la conducta capaz de resultado no acaba lesionando el ámbito de organización social de que se trate. Ahora bien, con en esta interpretación no se ofrece ningún criterio limitativo de la tipicidad al carecer el tipo de referencias materiales (lo que en la práctica hace inviable apreciar supuestos de tentativa; así como analizar la antijuridicidad desde una óptica sustantiva, con la consiguiente exclusión de la órbita del tipo de las conductas que sólo lo realizan formalmente). Los inconvenientes de esta concepción confirman que la postura contraria, según la cual sería posible identificar un interés individual en los delitos de peligro abstracto, puede proporcionar muchos

mayores réditos en aras a la limitación de su punibilidad. Según ello, estas limitaciones no procederían de la admisibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto, con la consiguiente atenuación de la pena, sino de una interpretación de los mismos con arreglo a parámetros verdaderamente materiales, los cuales pasarían por exigir en su tipo objetivo los mismos requisitos que en la tentativa inidónea. Por lo tanto, la vía de sustantivación y reducción del alcance de los delitos de peligro abstracto que estimo más fértil es aquella que se basa, no en la confrontación entre el tipo de la tentativa y el de la consumación, sino entre antijuridicidad formal y material, a partir de la cual puede trazarse la línea de la atipicidad penal.

44. Según lo expuesto, a mi modo de ver los delitos de peligro abstracto contendrían una referencia expresa (al valor supraindividual) y una referencia implícita (al valor individual); para captar la primera bastaría con acudir a criterios formales (referentes al tenor literal del tipo), en cambio la segunda sólo podría advertirse a través de criterios materiales (relativos a las finalidades de protección del tipo). Se conformarían entonces con los delitos de peligro abstracto como delitos pluriofensivos protectores al mismo tiempo de un interés explícito (el supraindividual) y de un interés implícito (el individual). Según ello, bien podría apuntarse como hipótesis de trabajo que también bajo esta concepción a nivel estructural puede surgir una tentativa de un delito de peligro abstracto: cuándo la conducta lesione el interés supraindividual (el ámbito de organización) pero no sea abstractamente peligrosa para ningún interés individual.

45. Pues bien, es aquí donde la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea adquiere toda su dimensión de sentido, ya que a través de ella puede descartarse la opción indicada, habida cuenta de que dichos casos en realidad no serían constitutivos de una tentativa de un delito de peligro abstracto, sino que deberían reputarse penalmente atípicos. Esto es así porque, en caso contrario, se estaría convalidando la opción de “tentativa de una tentativa inidónea”, de manera que el Derecho Penal rebasaría los límites de su ámbito legítimo de actuación, al punir conductas *ex ante* no adecuadas para lesionar un bien jurídico individual. Pero frente a ello aun cabría aducir que, de acuerdo con el esquema propuesto, la tentativa de un delito de peligro abstracto podría mostrarse compatible con los principios rectores del sistema porque con ella la conducta sería abstractamente peligrosa para el bien jurídico supraindividual, el cual además resultaría lesionado, a pesar de no ser la actuación

lesiva desde la óptica del interés individual. Podría alegarse en definitiva que la opción de contemplar una tentativa de un delito de peligro abstracto resulta incluso coherente en un modelo en el que los delitos de peligro abstracto se asimilen a la tentativa inidónea, toda vez que también en este caso se cumplirían las exigencias de esta última, en la medida que la conducta sería *ex ante* objetivamente peligrosa para el bien jurídico (supraindividual). Pero con ello se estaría obviando un aspecto de capital trascendencia que ha sido reiteradamente reseñado: los delitos bienes jurídicos supraindividuales, pese su innegable autonomía, no son axiológicamente independientes de los intereses individuales a ellos subyacentes.

46. Así pues, bajo ningún concepto puede ser constitutivo de delito, ni tan sólo a título de tentativa, un hecho que ni siquiera en abstracto sea peligroso para un bien jurídico-penal individual. De tomarse la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico supraindividual (el cual además resulta lesionado aunque la conducta sea inocua para el interés individual) como base para sustantivar el injusto de una tentativa de un delito de peligro abstracto, en realidad se estaría conformando un ilícito penal meramente formal a partir de la simple realización del tipo en su sentido literal. Por lo tanto, los criterios restrictivos que resultan de la comparación de los delitos de peligro abstracto con la tentativa inidónea, así como de la identificación de un interés individual en los bienes jurídicos supraindividuales, no sirven para declarar la posibilidad de tentativa en los delitos de peligro abstracto cuándo la conducta sólo formalmente realice el tipo (al poner en peligro y lesionar el interés supraindividual, pero no poner en peligro el interés individual tácitamente protegido). Por el contrario, tales criterios han de instrumentalizarse para defender la irrelevancia penal de estos casos, con el consiguiente incremento de los límites del merecimiento de pena y por lo tanto de la esfera de lo punible. Nótese que, de desaparecer el ataque contra el bien jurídico individual de modo que sólo subsista la lesión del bien jurídico supraindividual, el ilícito penal así configurado, aunque sea a título de tentativa, puede ser sustancialmente idéntico al de una infracción extrapenal, en cuyo caso la sanción no penal resulta preferible en virtud de los principios de *ultima ratio*, intervención mínima, subsidiariedad, etc. Esto lleva a concluir que el hecho, de carecer de una carga de lesividad jurídico-penalmente desaprobada para algún interés individual, aparece despojado de los elementos que permiten justificar una reacción específicamente penal,

aunque sea título de tentativa (es decir, de los elementos que permiten sostener que merece ser penado).

47. En consecuencia, resulta de capital importancia complementar la exigencia de los mismos requisitos del tipo objetivo de la tentativa inidónea para los delitos de peligro abstracto, con la consideración en virtud de la cual la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales no llegaría al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un delito de peligro abstracto cuando la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual. En estos casos se hallaría ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, al identificarse el hecho con la tentativa irreal. Según esto, la autonomía de los delitos de peligro abstracto sólo alcanzaría a conformar un concurso de delitos entre dos delitos consumados, el de peligro abstracto y el de lesión, cuando la abstracta puesta en peligro del interés individual se concrete además en la lesión del mismo.

48. En relación con todo ello conviene recalcar que la realización de una conducta peligrosa para el interés supraindividual no creadora de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado para el interés individual, formalmente realiza el tipo de peligro abstracto, pero no en grado de tentativa sino de consumación. Por lo tanto, como decía, el camino para reducir el tipo de los delitos de peligro abstracto que más frutos puede brindar es aquel según el cual son penalmente atípicos los hechos que, en una interpretación de los bienes jurídico-penales supraindividuales como intereses desprovistos de toda referencia individual, serían constitutivos de una tentativa de un delito de peligro abstracto. Así pues, con la referencia tácita del tipo de peligro abstracto al ataque a un bien jurídico individual, quedan evidenciados los caracteres del hecho que legitiman una intervención específicamente penal, de modo que sea posible defender la irrelevancia penal – y no la realización de un delito de tentativa – de aquellas conductas que sólo formalmente encajan en el tipo (al realizarlo tan sólo en sentido literal por atacar únicamente el interés supraindividual expresamente mencionado en el precepto legal).

49. Por el contrario, en los delitos de peligro concreto sí que podría apreciarse tentativa cuando ninguno de los posibles objetos materiales del delito entre dentro del radio de eficacia causal de la conducta. Ahora bien, en una tentativa de un delito de peligro concreto la gravedad del injusto sería la misma que en caso de haberse

consumado, al no modificar la circunstancia de que se produzca o no un resultado de peligro concreto el juicio acerca de la peligrosidad de la conducta a través del que con carácter exclusivo se conforma el injusto. Por lo tanto, la atenuación obligatoria de la pena propia de la tentativa respondería a razones de necesidad de pena, pero no de merecimiento, al no alterar las consecuencias *ex post* del acto la entidad del injusto. Sin embargo, si la abstracta puesta en peligro del bien jurídico está prevista como un autónomo tipo de delito, debe entenderse que la conducta realiza un delito de peligro abstracto consumado, no una tentativa de un delito de peligro concreto, al tratarse en ambos supuestos de la misma modalidad de ataque contra el mismo bien jurídico, en cuyo caso el precepto que prevé el tipo consumado (el delito de peligro abstracto) debe desplazar el que contempla el tipo intentado (el delito de peligro concreto) en virtud de las reglas rectoras en materia de concursos de leyes (en concreto por aplicación del principio de subsidiariedad previsto en el art. 8.2 del CP). Así pues, en atención a que normalmente junto a cada delito de peligro concreto se prevé el correspondiente delito de peligro abstracto, en la práctica son muy pocos los supuestos en los que puede existir una tentativa de un delito de peligro concreto.

Bibliografía general

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A., “Evolución de la Criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania”, en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Coords. Ambos / Caro Coria / Malarino, Ed. Jurista Editores, Lima, 2015.
- ABEL SOUTO, M., “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense”, en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Dirs. Demetrio Crespo / González-Cuéllar Serrano, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- AGUADO CORREA, M., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- ALASTUEY DUBÓN, M., “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en *RDPC*, nº 5, 2011.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed. Comares, Granada, 2000.
 - *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.
 - *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- AMBOS, K., ‘‘Bases te3ricas para determinar la ‘funci3n global’ del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribuci3n para una teor3a coherente del Derecho Penal Internacional’’, en *InDret*, n3 10, 2013.

- ANDR3S DOM3NGUEZ, A. C., *El delito de da3os: consideraciones jur3dico-pol3ticas y dogm3ticas*, Universidad de Burgos, Burgos, 1999.
 - *Los delitos contra la salud p3blica: especial referencia al delito de adulteraci3n y tr3fico de animales (art. 364.2)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Ed. Giuffr3 Editore, Mil3n, 1997.

- ANT3N ONECA, J., *Derecho Penal*, 2^a ed., Ed. Akal, Madrid, 1986.

- APARICIO P3REZ, A., *Delitos contra la Hacienda P3blica*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1990.

- ARMENTEROS LE3N, M., *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 2011.

- ATIENZA RODR3GUEZ, M., ‘‘Constitucionalismo y Derecho Penal’’, en *Constituci3n y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012.

- AYALA G3MEZ, I., *El delito de defraudaci3n tributaria: art3culo 349 del C3digo Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.
 - *Hacia el nuevo Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
 - *Principios del Derecho penal. Parte General*, 2^a ed., Ed. Akal, Madrid.

- BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2007.

- BAUCELLS LLADÓS, J. / PETIT, B., “Possibilities and limits of environmental criminal protection. Reflections on the Erika and Prestige cases (or how an organized irresponsibility system carries on)”, en *InDret*, nº 3, 2013.

- BECK, U. / GRANDE, E., *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la Segunda Modernidad* (trad. Gómez Ibáñez), Ed. Paidós, Barcelona, 2006.

- BECK, U., “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva” (trad. Alborés), en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Ed. Alianza, Madrid, 1997.

- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho* (trad. Rozo Acuña), 2ª ed., Ed. Debate, Madrid, 1992.

- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

- “El principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Introducción al Derecho Penal*, Coord. Lascurain Sánchez, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2011.

- CANTERO BANDRÉS, R., *Sobre el Derecho Penal*, Ed. Ediciones Académicas, Madrid, 2005.

- CARACCIOLI, I., *Manuale breve di Diritto Penale. Parte Generale*, Ed. CEDAM, Padua, 2002.

- CARDENAL MONTRAVETA, S., “Delitos contra la seguridad vial (arts. 379-385 ter)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Delitos de incendios. Incendios forestales (arts. 351-358)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CARPIO BRIZ, D. I., *Non bis in idem. Un derecho fundamental del ius puniendi español frente a la superposición de sanciones administrativas y penales*, tesis inédita, Barcelona, 2011.
- CARRARA, F., *Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa* (trad. Soler), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito* (trad. Romero Girón), Ed. Analecta, Pamplona, 1926.
- CARRERAS, E. R., *Los Delitos de Falsedades Documentales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964.
- *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. / QUINTANAR DÍEZ, M., *Sobre ‘los incendios’*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- CORCOY BIDASOLO, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales”, en *Constitución y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012.

- *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2005.

- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- “Delitos medioambientales y urbanísticos”, en *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- CÓRDOBA, F., “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *InDret*, nº 3, 2015.

- CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2014.

- CRUZ BLANCA, M. J., *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

- CRUZ MÁRQUEZ, B., “Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura”, en *RDPC*, nº 2, 2009.

- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito I*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- CUESTA AGUADO, P. M. DE LA, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- CUESTA PASTOR, P., *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2002.

- DEMETRIO CRESPO, E., “Crítica al funcionalismo normativista”, en *InDret*, nº 3, 2010.
- *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Ed. Comares, Granada, 2003.
- *Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Penal II, Teoría del delito*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DOVAL PAIS, A., *La penalidad de las tentativas de delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- EDWARDS, C. E., *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. Garzón Valdés), Ed. Guadarrama, Madrid, 1967.
- ESCRIVÁ GREGORI, J.M. , *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- ESER, A., *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima* (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina i jurisprudencia*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2011.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

- FERNÁNDEZ TERUELO, F. G., “Blanqueo de capitales”, en *Penal Económico y de la Empresa (2011-2012)*, Coord. Ortiz de Urbina Gimeno, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012.

- FRISCH, W., “Derecho penal y protección del clima. Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales”, en *InDret*, nº 4, 2015.

- “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret*, nº 3, 2014.

- *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Jaén Vallejo), Ed. Colex, Madrid, 1995.

- GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual* (trad. Córdoba Roda), Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

- GALLEGO SOLER, J. I., “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”, en *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

- GALLEGO SOLER, J. I. / VERA SÁNCHEZ, J. S., “Delitos de tráfico de drogas (arts. 368-378)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

- GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- GILI PASCUAL, A., “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito”, en *InDret*, nº 2, 2012.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1988.

- GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos de falsedades”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en *Seguridad Vial (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Coords. Vidales Rodríguez / Mera Redondo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- GRACIA MARTÍN, L., *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Ed. Ubijus, México D.F., 2011.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en *Protección Penal de la Seguridad Vial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. / GARCÍA DEL BLANCO, V. / MARTÍN LORENZO, M. / SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “Delitos contra la seguridad vial: cuestiones comunes”, en *Protección Penal de la Seguridad Vial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990.

- HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en *InDret*, nº 1, 2016.

- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió / Abeledo-Perrot), 2ª ed., Ed. Editora Nacional, México D.F., 1980.

- HASSEMER, W., “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

- *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde / Díaz Pita), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- HÉCTOR ALEJANDRO, D., *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

- HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (trad. Alcácer Guirao / Martín Lorenzo / Ortiz de Urbina), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

- HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, 1983.

- JAÉN VALLEJO, M., *Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

– JAKOBS, G., *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal* (trad. Cancio Meliá / Feijóo Sánchez / Peñaranda Ramos / Sancinetti / Suárez González), Ed. Palestra Editores, Lima, 2000.

– *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

– *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad* (trad. Manso Porto), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

– *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Ed. Civitas, 1996.

– JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

– JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. Olmedo Cardente), 5ª ed., Ed. Comares, Granada, 2002.

– KINDHÄUSER, U., “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”, en *InDret*, nº 2, 2014.

– KISS, A., “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado?’”, en *InDret*, nº 1, 2015.

– KUHLEN, L., “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

– LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

- LUMPE, L. / MEEK, S. / NAYLOR, R. T., *Tráfico de armas. El mercado negro mundial de armas ligeras* (trad. Alejandro Gómez), Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.

- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 21ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Ed. Universitas, Madrid, 2013.

- *Estudios penales*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “Posible reformas de los delitos de circulación”, en *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

- MADARIAGA Y APELLÁNIZ, J. I. DE, *La protección penal frente a los incendios forestales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. / ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 1990.

- MAÑALICH, J. P., “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, en *InDret*, nº 2, 2015.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *RDPC*, nº 11, 2014.

- MÁRQUEZ CISNEROS, R., *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

- MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

- MAURACH, R., *Derecho Penal. Parte General. I* (trad. Bofill Genzsch / Aimone Gibson), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
 - *Tratado de Derecho Penal II* (trad. Córdoba Roda), Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

- MELENDO PRADOS, M., “Valores de la acción y bienes jurídicos. Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel”, en *RDPC*, nº 2, 2009.

- MELLADO BENAVENTE, F. M. (coord.), *El delito fiscal*, Ed. CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2009.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

- MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
 - *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001.

- MEZGER, E., *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (trad. Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- *Tratado de Derecho penal I* (trad. Rodríguez Muñoz), 2ª ed., Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid.

- MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’”, en *RECPC*, nº 17-23, 2015.

- MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006.

- *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.

- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

- *Estado, pena y delito*, Ed. B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2006.

- *Función de la pena y teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976.

- “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *RDPC*, nº 3, 2001.

- “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *RECPC*, nº 6, 2004.

- MONTANER FERNÁNDEZ, R., “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, en *InDret*, nº 2, 2012.

- MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2009.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y Ciencia penal*, 2ª ed., Universidad de Granada, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *Derecho penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- NAVAS APARICIO, A., *Destinatario de la Norma Penal e Imputabilidad*, Ed. Jurídica Continental, San José, 2006.
- NEUMANN, U., ‘‘El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena’’, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.
- NINO, S. C., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

- NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963.

- OCHOA FIGUEROA, A., “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *RDPC*, nº 11, 2014.

- OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1981.

- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- PAWLIK, M., “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret*, nº 2, 2016.

- PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, nº 4, 2014.

- PÉREZ DEL VALLE, C., *Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

- “*Imputabilitas* y teoría de la imputación”, en *InDret*, nº 2, 2015.

- PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

- PUPPE, I., “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *InDret*, nº 3, 2013.

- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

– QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

– *Parte General del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

– RAGUÉS I VALLÈS, R., “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, en *InDret*, nº 3, 2012.

– REBOLLO VARGAS, R., “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, en *RDPC*, nº 10, 2013.

– REGIS PRADO, L., “La norma penal como norma de conducta”, en *RDPC*, nº 5, 2011.

– REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2016.

– *Imputación Objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

– REYES ECHANDÍA, A., *La tipicidad*, 5ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

– REY SANFIZ, L. C., *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

– REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– ROBINSON, P. H., “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en *Constitución y sistema penal*, Dirs. Mir Puig / Corcoy Bidasolo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012.

– ROBLES PLANAS, R., “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret*, nº 4, 2013.

– “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

– RODRÍGUEZ DEvesa, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General*, 17ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1994.

– RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid / Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

– RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, (coord. Jorge Barreiro), Ed. Civitas, Madrid, 1997.

– *Derecho penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

– ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho Penal. Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Comares, Granada, 2013.

– ROMEO CASABONA, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Ed. Comares, Granada, 2005.

– ROSS, A., *Lógica de las normas* (trad. Hierro), Ed. Comares, Granada, 2000.

– ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Vicente Remesal), 4ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

– “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (trad. Cancio Meliá), en *RECPC*, nº 15, 2013.

– “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret*, nº 4, 2012.

– *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal* (trad. Bustos Ramírez / Hormazabal Malarée), Ed. PPU, Barcelona, 1992.

– *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Muñoz Conde), 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

– RUBIO LARA, P. A., *Parte Especial de Derecho Penal económico español (una aproximación al estado de la cuestión en la Doctrina y la Jurisprudencia españolas)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

– RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Los incendios forestales y la protección del medio ambiente”, en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Dir. Terradillos Basoco, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997.

– RUSCONI, M., *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

– *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

– SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos de incendio*, Ed. Comares, Granada, 2000.

- SÁNCHEZ LÁZARO, G. F., “Recensión a Norbert Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Beck, 2012, 143 págs”, en *InDret*, nº 4, 2013.

- “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *InDret*, nº 3, 2013.

- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”, en *InDret*, nº 1, 2014.

- SANCINETTI, M. A., *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- SCHÜNEMANN, B., *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho* (trad. de la Torre Benítez), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

- *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

- “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

- SEMINARA, S., *Il delitto tentato*, Ed. Giuffrè Editore, Milán, 2012.

- SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

- SGUBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (trad. Virgolini), Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

- SILVA SÁNCHEZ, J., “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret*, nº 3, 2014.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2010.

- “¿Derecho penal regulatorio?”, en *InDret*, nº 2, 2015.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo / Buenos Aires, Bosch.

- *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed. Edisofer, Montevideo / Buenos Aires, 2011.

- “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret*, nº 3, 2015.

- “Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal”, en *RDPC*, nº 9, 2002.

- SOLA RECHE, E., *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Ed. Comares, Granada, 1996.

- STRATENWERTH, G., *Acción y resultado en derecho penal* (trad. Sancinetti / Ziffer), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

- *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. Cancio Meliá / Sancinetti), Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2005.

- “Sobre la legitimación de los “delitos de conducta””, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Dir. Robles Planas, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 5ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.

- SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ed. Rialp, Madrid, 1963.

- TERRADILLOS BASOCO, J., “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Dir. Terradillos Basoco, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997.

- “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal”, en *Pena y Estado*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

- TRAPERO BARREALES, M. A., *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la LO 7/2000 y la LO 15/2003*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- “Paradojas en la regulación de los incendios en el Anteproyecto de Código Penal 2013 – versión de 20 de septiembre – (¿Agravación o privilegio?)”, en *InDret*, nº 4, 2013.

- VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

- VEGA RUIZ, J. A. DE, *Delitos contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna, en el Código Penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1996.

- VERA SÁNCHEZ, J. S., “Tenencia de armas y explosivos (arts. 563-570)”, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Dir. Corcoy Bidasolo, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., “Recensión a Carlos Pérez del Valle, La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente, Barcelona, 2012, 210 páginas”, en *InDret*, nº 4, 2013.

- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal. Tomo primero* (trad. Quintiliano Saldaña), Ed. Hijos de Reus Editores, Madrid.
- *Tratado de Derecho penal. Tomo segundo* (trad. Quintiliano Saldaña), 2ª ed., Ed. Editorial Reus, Madrid.
- *Tratado de Derecho penal. Tomo tercero* (trad. Quintiliano Saldaña), Ed. Editorial Reus, Madrid.
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. García Ferrero), 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1979.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general* (trad. Bustos Ramírez / Yañez Pérez), 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. Cerezo Mir), Ed. Ariel, Barcelona, 1964.
- WOLF, E., *Las categorías de la tipicidad* (trad. Carrasco Andrino), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. Sancinetti), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Índice jurisprudencial

I. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea:

STJCE 22301/1999, de 29 de septiembre

II. Tribunal Constitucional Español

STC 76/1990, de 26 de abril

STC 102/1995, de 26 de junio

STC de 11 de noviembre de 1995

III. Tribunal Supremo Español

STS de 27 diciembre de 1990

STS de 12 de julio de 1995

STS 648/1996, de 4 de octubre

STS 912/1997, de 24 de junio

STS 942/1997, de 30 de junio

STS de 10 de noviembre de 1997

STS 1377/1997, de 17 de noviembre

STS de 28 de mayo de 1999

STS 111/1999, de 14 de junio

STS de 21 de junio de 1999

STS 233/2000, de 11 de febrero

STS 379/2000, de 13 de marzo

STS 622/2000, de 18 de marzo

STS de 11 de abril de 2000

STS 755/2000, de 4 de mayo

STS 939/2000, de 1 de junio

STS de 2 junio de 2000

STS 1574/2000, de 9 de junio

STS 1284/2000, de 12 de julio

STS 1437/2000, de 25 de septiembre

STS 194/2001, de 14 de febrero

STS 835/2001, de 12 de mayo

STS 1124/2001, de 13 de junio

STS 1583/2001, de 17 de septiembre

STS 1783/2001, de 3 de octubre

STS de 10 de octubre de 2001

STS 2354/2001, 12 de diciembre

STS 401/2002, de 15 de abril

STS 1250/2002, de 5 de julio

STS 1758/2002, de 23 de diciembre

STS de 20 de enero de 2003

STS 986/2003, de 2 de julio

STS 1060/2003, de 21 de julio

STS 1081/2003, de 21 de julio

STS 1515/2003, de 17 de noviembre

STS 423/2004, de 5 de abril

STS 630/2004, de 18 de mayo

STS 1145/2004, de 25 de mayo

STS 1035/2004, de 27 de septiembre

STS 1252/2004, de 2 de noviembre

STS 1348/2004, de 25 de noviembre

STS 98/2005, de 3 de febrero

STS 166/2005, de 8 de febrero

STS 182/2005, de 15 de febrero

STS 484/2005, de 14 de abril

STS 643/2005, de 19 de mayo

STS 1148/2005, de 25 de mayo

STS 1505/2005, de 25 de noviembre

STS 289/2006, de 15 marzo

STS 952/2006, de 6 de octubre

STS 1061/2006, de 31 de octubre

STS 1071/2006, de 8 de noviembre

STS 24/2007, de 25 de enero

STS 45/2007, de 29 de enero

STS 109/2007, de 7 de febrero

STS 390/2007, de 26 de abril

STS 327/2007, de 27 de abril

STS 457/2007, de 29 de mayo

STS 555/2007, de 27 de junio

STS 1045/2007, de 17 de diciembre

STS 54/2008, de 8 de abril

STS 856/2008, de 10 de diciembre

STS 252/2009, de 18 de febrero

STS 272/2009, de 17 de marzo

STS 939/2009, de 18 de septiembre

STS 924/2009, de 7 de octubre

STS 8/2010, de 20 de enero

STS 84/2010, de 18 de febrero

STS 801/2010, de 23 de septiembre

STS 1165/2010, de 26 de noviembre

STS 1180/2010, de 22 de diciembre

STS 301/2011, de 31 de marzo

STS 411/2011, de 10 de mayo

STS 796/2011, de 13 de julio

STS 1124/2011, de 27 de octubre

STS 974/2012, de 5 de diciembre

STS 1008/2013, de 8 de enero

STS 33/2013, de 24 de enero

STS 1060/2014, de 5 de junio

STS 539/2014, de 2 julio

STS 286/2015, de 19 de mayo

STS 508/2015, de 27 julio

STS 412/2014, de 20 de mayo

STS 655/2014, de 7 de octubre

STS 79/2015, de 13 de febrero

STS 220/2015, de 9 de abril

STS 693/2015, de 7 de noviembre

STS 36/2016, de 2 de febrero

STS 191/2016, de 8 de marzo

STS 208/2016, de 11 de marzo

IV. Audiencias Provinciales

SAP Barcelona de 2 de junio de 1998

SAP Barcelona de 19 de abril de 2004

SAP Barcelona 329/2004, de 7 de julio

SAP Madrid 18/2006, de 17 de enero

SAP Barcelona 566/2009, de 22 de julio

SAP Castellón 138/2010, de 23 de abril

SAP Madrid 1164/2011, de 2 de diciembre

SAP Madrid 175/2012, de 12 de marzo

SAP Salamanca 69/2013, de 28 de mayo

SAP Alicante 6/2015, de 9 de enero

AAP Illes Balears de 29 de enero de 2016

SAP Madrid 70/2016, de 9 de febrero