

## DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Gustavo MALO CAMACHO

*SUMARIO: Introducción. Esquema. Delitos de lesión y delitos de peligro. Concepto de peligro. El juicio de peligro. La tentativa.*

### INTRODUCCIÓN

El estudio de los delitos de lesión y de los delitos de peligro supone un tema que, como objeto de análisis, es en sí concreto. Atenderlo, sin embargo, plantea la conveniencia de hacer algunos señalamientos acerca de la sistemática del derecho penal, que permita la comprensión más clara de ellos y su ubicación. Esta consideración introductoria se justifica al observar lo variado que resulta la concepción del problema por parte de la doctrina,<sup>1</sup> tanto en lo referente a su contenido, que es básicamente el concepto del peligro, como a la extensión de su tratamiento,<sup>2</sup> y ubicación en la teoría, que son consecuencia de lo anterior. La inclusión misma del tema como desarrollo específico en este evento, parece, de entrada, calificarlo bajo un cierto orden de ideas, acaso relacionado con la figura de la tentativa, cuyo contenido aparece evidentemente relacionado con la puesta en peligro de bienes jurídicos, ya que,

<sup>1</sup> Delitala, en su informe general, en el Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma, Italia, 1969 (en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, núms. 1 y 2, página 287), expresa que el tema relativo a los delitos de peligro afecta una multiplicidad de delitos; al concepto mismo de peligro; a los distintos aspectos que reviste el peligro según los diferentes tipos de delitos, a su justificación teórica y criminológica.

<sup>2</sup> Si la concepción del delito de peligro se entiende a partir de su referencia con el delito de lesión, aparece en principio sólo como específica clasificación tipológica contemplada por el derecho penal; si se le entiende a partir del concepto de peligro en cuanto especie donde no se ocasiona una lesión, entonces será en este sentido que deba ser contemplado, en cuyo alcance puede aparecer la figura de la tentativa; si el desarrollo se realiza a partir de la noción de peligro, el análisis resulta distinto, atendiendo a las diferentes funciones que dicho concepto tiene en el derecho penal. Es claro que en cada caso la extensión del tratamiento que se da al tema resulte distinto.

en otro sentido, tal vez el propio tema habría podido ser contemplado como subtema de algún otro.

El derecho es forma social, en tanto que al mismo le corresponde determinar la manera en que el núcleo social ha de constituirse, orientado siempre hacia fines que consisten en el establecimiento y mantenimiento del orden y progresivo bienestar de la comunidad, de acuerdo con la conformación política del sistema imperante.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Esta posición se resiente con claridad en el pensamiento de Roxin (Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, España, Editorial Bush, 1973). El contenido eminentemente social del derecho, al que ya en su tiempo se refirió Liszt, y sin duda también el punto de partida de la escuela positivista, parece tomar actualmente nueva preocupación en el interés de los autores en la última década, fortalecido en parte por el trabajo de los criminólogos, pero también por el cuestionamiento a que desde adentro ha sido sometida la doctrina penal.

Al respecto, Francisco Muñoz Conde apunta que la dogmática jurídico-penal alemana atraviesa actualmente por una crisis, originada en parte importante por la polémica sostenida entre causalistas y finalistas, cuyos frutos para la propia dogmática jurídico-penal han sido incuestionables, pero al mismo tiempo ha puesto de manifiesto el desarrollo de la dogmática dentro de los estrechos límites que le ha marcado a la ciencia del derecho penal el positivismo jurídico de principios de siglo. Según esta teoría, la única tarea del jurista ha sido interpretar al derecho positivo y desarrollarlo bajo un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos de los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales. La elaboración del sistema, ha sido, pues, la misión fundamental de la ciencia del derecho penal que, por lo mismo, se desentendió de otras consideraciones de índole criminológico o de política criminal por estimar que las mismas debían constituir el objeto de otras ciencias. Con esto se ha dado la paradoja de que consideraciones formuladas desde el punto de vista jurídico resultan ciertas, en tanto que cuando analizadas desde el punto de vista criminológico o político criminal resultan falsas. Ante esta supervaloración del pensamiento sistemático y resolver la incongruencia planteada, en Alemania se han manifestado dos tendencias que han intentado superarla: una que intenta negar la importancia del sistema y que estima que el punto de partida de la ciencia del derecho debe constituirlo el problema, por lo que el pensamiento sistemático debe ser substituido por el pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema, y no de los axiomas previamente dados por un sistema determinado obtenido por el procedimiento de la deducción lógica; y la otra tendencia que intenta también penetrar en el problema pero sin renunciar al sistema, y así estima que si el pensamiento problemático, desea mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar hacia un sistema, cuyo objeto debe ser precisamente dicho problema. Señala Muñoz Conde que es en esta orientación en donde se ubica Roxin en su estudio sobre la ciencia del derecho penal, para quien los problemas político criminológicos forman parte del contenido propio de la teoría general del derecho, y así, las vinculaciones jurídicas y la finalidad político criminal deben ser reducidas a una unidad en el sistema del derecho penal, por lo que en consecuencia, como punto de partida se indica que las categorías tradicionales de la estructura del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, tomando como base su función político criminal.

En este sentido, puede afirmarse que el Estado de derecho, para delimitar el desarrollo que nos ocupa a partir de esta concepción jurídico política más definida,<sup>4</sup> las características del derecho manifiestan ese carácter de forma del grupo social orientado hacia ciertos fines. Las diferencias en los sistemas jurídico-políticos imperantes en los estados, podrán poner el acento en el bienestar del ser humano en lo individual o en el de la comunidad o en el de la sociedad, la que incluso puede ser considerada también como un fin en sí misma, pero aun en este último caso, ello obedecerá a la consideración de que dicho modelo es el necesario para alcanzar el fin último del bienestar del ser humano que integra el núcleo.<sup>5</sup>

El hombre es ser que se forja fines y lucha por alcanzarlos, características éstas que constituyen el rasgo más significativo de su racionalidad. Como ser pensante que es, el hombre no acepta al mundo circundante tal cual se presenta, sino que, apoyado en su razón y haciendo uso de ella, se configura metas e intenta conformar ese mundo circundante de acuerdo con aquéllas.

Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al ensayo político criminal y sistema de derecho penal de Roxin*, Barcelona, España, Editorial Bush, 1972, pp. 5 a 7.

En 1967 fue celebrado el Primer Coloquio Español sobre Política Criminal y Derecho Penal, y de las diversas intervenciones de los participantes se deriva esta preocupación. En dicha reunión intervinieron, entre otros: Bacigalupo, Enrique, "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", pág. 15; Baigun, David, "Política criminal y derecho penal", pág. 31; Barbero-Santos, Marino, "La reforma penal española en la transición a la democracia", pág. 57; Bergalli, Roberto, "Ejecución penal y política criminal en América Latina", pág. 77; Beristáin Ipiña, Antonio, "Política criminal y derecho penal en la guerra civil y en la posguerra (violencia subversiva en España [1936-1945])", pág. 91; Córdoba Roda, Juan, "Evolución política y derecho penal en España", pág. 135; Novoa Monreal, Eduardo, "Política criminal y derecho penal", pág. 239; Polaino Navarrete, Miguel, "Aspectos de penalidad del abandono de familia en derecho penal español", pág. 251; Vassalli, Giuliano, "Política criminal y derecho penal", pág. 379; Gimbernat Odeing, Enrique, "Relación general del Congreso en Política Criminal y Derecho Penal".

En México, por su parte, se realizó un Coloquio sobre Política Criminal en América Latina, con sede en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en el año de 1976, en cuyas recomendaciones se observa asimismo una preocupación por procurar el desarrollo de políticas de prevención de la delincuencia.

<sup>4</sup> Se menciona la expresión Estado de derecho como la conformada sobre todo a partir de las ideas liberales y también la iusnaturalistas del siglo XVIII, cada una con su respectiva consecuencia, sin que ello signifique que se deje de reconocer que en las configuraciones sociales precedentes, concebidas de manera más o menos integradas, el orden legal existente supone también la misma característica.

<sup>5</sup> Bettiol, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 1965, pág. 5, expresa que no es posible comprender el derecho penal de un Estado aislándolo de sus presupuestos éticos, sociales, económicos y políticos y porque constituye la expresión más característica de la "fisonomía" de una sociedad en un momento determinado de su evolución histórica.

Desarrolla al mundo y se desarrolla dentro de él impelido por las dos necesidades básicas de su existencia, que aparecen constituidas por los instintos de conservación y de reproducción; éstos, que son el origen de su esencia como ente social, ya que sólo en la coexistencia le es dable satisfacerlas, son los factores que en la evolución de la interrelación humana habrán de conformar la cada vez más imbrincada y compleja coexistencia, que a su vez da origen al derecho y al Estado como fórmulas para lograr su establecimiento y mantenimiento.

El ser humano, por tanto, constituye un fin en sí mismo y por esto al Estado le corresponde atender lo necesario para su consecución. Su forma será la determinada por el diseño sociopolítico definido a través del derecho, y su fin, el congruente con el derivado de la naturaleza social del hombre, que por tanto, corresponderá también con el fin del derecho, dado en función de la existencia de aquéllos.

Contemplando el orden jurídico como base de la coexistencia, puede afirmarse que al derecho penal le corresponde la salvaguarda de aquellos intereses estimados como de la más elevada jerarquía para el hombre en su necesaria existencia social y, en función de esto, para la propia sociedad. Las conductas estimadas como más gravemente lesivas del orden social, que por lo mismo requieren de la más enérgica protección por parte del derecho, aparecen incorporadas como los preceptos de normación penal, cuya violación genera la reacción social del Estado característica de este ámbito. A través de las normas se determinan las condiciones estimadas básicas para el mantenimiento de la estructura social y se definen las sanciones de acuerdo con la filosofía sociopolítica del Estado de derecho. Esto determina la orientación del sistema jurídico penal y en relación con éste, la escuela seguida, entendiéndose que una verdadera escuela, está constituida por diferencias de fondo en el tratamiento del sistema de imposición apoyada por la filosofía política que la sustenta, más que por las diferencias en torno a la sistematización penal misma, que con mayor precisión determinan posturas y orientaciones sistemáticas.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Bustos Ramírez, Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. 1, Parte general, Edición Depalma, 1981, págs. 114 a 119. Esencialmente son dos las escuelas penales que se han manifestado a partir del siglo XIX: la Escuela Clásica y la Escuela Positiva. Es a partir de ellas y en torno de las mismas que se han elaborado las diferentes formulaciones y reformulaciones. La teoría clásica se caracteriza fundamentalmente por observar a la pena en sentido retributivo: es el mal que impone el derecho por el mal que perturba el orden jurídico-social. El delito, analizado a la luz del orden jurídico es un ente jurídico; y el delincuente es un individuo que contraviene al orden jurídico por su voluntad libre, la que, apoyada en la teoría de libre albedrío, origina la base de su responsabilidad moral y jurídica.

El orden jurídico y el derecho penal que por razón de él surge, sólo se justifica en la medida en que sea eficaz para garantizar la protección de los intereses sociales, individuales o colectivos, que se constituyen en los bienes jurídicos a la luz del propio derecho penal, entendiendo que el bien jurídico debe ser entendido en función del concepto del hombre como ente social, es decir, como un sujeto en relación social,

Las orientaciones planteadas dentro del marco de la doctrina básica son múltiples y por esto es que el fin de la pena aparece mencionado con características diferentes, todas las cuales, sin embargo, en el fondo traducen siempre la idea de la retribución como esencia de la pena y el llamado "fin" aparecerá en realidad siempre sólo como una verdadera consecuencia accesoria. En esta escuela convergen tanto los partidarios del derecho natural como el mismo Carrara, cuanto quienes siguen un criterio estricto de positivismo jurídico, como Binding. En ambos, independientemente del fundamento filosófico que sustentan sus respectivas posiciones (jusnaturalismo o positivismo jurídico), se atiende un análisis que se refiere al orden jurídico, que lógicamente será de fondo filosófico natural o positivo, estudiando las normas bajo un método abstracto del que se derivan las consecuencias en relación al delito del autor. Por esto es que tanto los autores que siguen la teoría causalista como los que aceptan la orientación finalista, independientemente de las diferencias en la sistemática, señalan similares características, por lo que también estos últimos son igualmente clásicos, o neoclásicos si se prefiere, lo que explica que tanto Mezger como Welzel afirmen que la pena es retribución, y el propio Welzel exprese que la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable, señalamiento que no difiere, en esencia, de la afirmación kantiana de la retribución justa del orden jurídico cuando este último indica que cada uno sufre lo que sus hechos valen. Por esta razón se explica también que el amparo de la escuela clásica, preocupada fundamentalmente por el análisis de la norma, la teoría del delito ha alcanzado su mayor desarrollo dogmático y, justamente en esto, contempla su mayor aporte: una investigación lógico-formal apoyada en la deducción, clasificación y diferenciación, a través del análisis exhaustivo de la norma, que desciende de lo abstracto a lo concreto.

En oposición a la escuela clásica, y como una afirmación de la filosofía dialéctica hegeliana, frente a la tesis de aquélla surge la escuela positiva, al amparo del desarrollo de las ciencias naturales del siglo XIX, y apoyada en el positivismo filosófico de Lamarck, Darwin, Comte, Stuart Mill Spencer, etcétera. Variando la metodología de la investigación del delito, surge la preocupación por el delincuente y el estudio de su acción como fenómeno del mundo natural. De acuerdo con las diversas facetas de sus seguidores, adoptará, según el caso, posiciones que se preocupan por el aspecto biológico, el antropológico, o el social, a través de los cuales se intenta conocer y definir los factores que determinan la criminalidad. Ante este nuevo orden de ideas el concepto de la pena como retribución no tiene sentido y se desarrolla entonces el principio de la responsabilidad social como forma sea para eliminar la anormalidad, o sea para eliminar los factores que determinan al individuo; atento a esto, también aparece sustituido el fundamento del libre albedrío como base de la voluntad libre del individuo y por lo mismo también fundamento de la culpabilidad, por el fundamento filosófico del determinismo causal del positivismo, que a su vez lleva al criterio de la peligrosidad manifestada, como situación que permite justificar al principio de la responsabilidad social como sustento de la reacción social del Estado.

Con la escuela positiva surgen las medidas de seguridad y correctivas, e incluso ante el embate del clasicismo, hace nacer el concepto de la sanción para englobar a toda medida represiva, tanto de la pena o como a la medida de seguridad. El análisis

donde precisamente el bien jurídico es una síntesis normativa de esa relación social, o como expresa Bustos, es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social dinámica determinada, que lo lleva a ser un principio garantizador de carácter cognoscitivo. Por esto, el hombre, en el plano de lo injusto no es una abstracción representada por un ser ideal (calificado con ficciones idealizadas de igualdad y li-

del individuo atiende no a su libertad sino a su peligrosidad, y no teniendo objeto ni sentido el reproche de culpabilidad, la imputabilidad se presenta como relación psicofísica con el hecho, y la peligrosidad como grado de tendencia al delito. El método, ante este tipo de análisis, no puede ser ya el abstracto sino que se hace concreto y deja de ser utilizada la deducción para ser aprovechada la inducción con la investigación empírica que sustituye a la investigación iniciada con la norma, para partir ahora de los hechos de la naturaleza, y con esto hace surgir también a la criminología que se ocupa de estudiar el delito, el delincuente y la reacción social. El gran aporte de la escuela positiva es el estudio del delito y del delincuente que permitió la aplicación de métodos empíricos.

Expresan los autores en cita que ambas escuelas contemplan aciertos pero ambas también plantean una gran falla: la clásica escribe la expresión "hombre" con "mayúsculas", ya que estudia al hombre como una abstracción, sea por estudiarlo como una idealidad de la naturaleza, sea por concebirlo como una imagen de Dios; la positiva escribe al "hombre" con "minúsculas", ya que intenta conocerlo sólo como una especie animal (p. 122). La crítica a la escuela clásica no es en el sentido de negar la importancia de llegar a la abstracción, precisación y sistematización de conceptos, y con esto a la dogmática misma; el inconveniente son sus bases. Asimismo la crítica de la escuela positiva no se orienta a negar la importancia del método empírico, que es el que permite aproximarse a la realidad, sino también las bases en que dicha escuela se sostiene, por lo que sin caer en un mero eclecticismo que sólo reúne planteamientos de una y otra escuela debe buscarse la superación de ambos puntos de vista, que es el camino en cuyo esfuerzo se encuentran empeñados actualmente los penalistas, criminólogos y político-criminales (p. 125).

Ambas adolecen del mismo defecto en tanto que olvidan que el hombre es un ser social, y que el delito y delincuente son sólo expresiones de la sociedad y por lo mismo se reducen a un estricto individualismo.

Después de aquéllas, como inicial reacción a la escuela positivista, se manifestaron algunas orientaciones eclécticas, entre las que especial importancia llegaron a tener e incluso siguen teniendo la escuela "político-criminal" alemana de Von Liszt y la *terza scuola* italiana. Después de éstas puede expresarse que durante los últimos cuarenta años ha predominado la escuela clásica sin que ello evite la presencia singular de algunos grandes sostenedores de la positiva, pero prácticamente sólo en Francia persistió la doctrina de la nueva defensa social. En los años recientes, nuevamente se ha dejado sentir una fuerte influencia y resurgimiento de la orientación político-criminal, acaso apoyada ahora en el avance de las ciencias sociales. En Alemania se ha dejado sentir esta corriente en la reforma penal del Proyecto alternativo de 1966, en que la dogmática de la escuela clásica dio paso a postulados bajo criterios de determinación; asimismo, en la orientación política criminal actualmente se perfilan en Alemania particularmente Roxin y Hassemmer y en España Gimbernart Ordeig. En la criminología también se ha manifestado este movimiento de renovación que ha hecho surgir la posición crítica, no sólo al monocausalismo bio-psicológico inicial, sino también como orientación interesada en estudiar como fenómeno de criminalización al propio sistema de reacción social y al sistema de derecho penal.

bertad) como tampoco es un animal determinado por el acontecer absoluto de la naturaleza, sino que es un ser que se manifiesta en el acontecer social, lo que significa que vive y se desarrolla en un proceso permanente de superación de determinaciones, o por lo menos de toma de conciencia de éstas, la primera de las cuales es precisamente el fenómeno de la causalidad natural, y que dicho proceso la impulsa permanentemente hacia su liberación.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Bustos Ramírez, Valenzuela Bejas, *op. cit. supra*, nota 6, pp. 126 y 127. Acerca del bien jurídico y con referencia a su evolución, los autores recuerdan que desde un principio la teoría clásica del derecho penal tanto la de corte iusnaturalista como la jurídico-positiva, manifiesta su interés por la acción como fundamento del delito y con ello su interés por el injusto. Su concepción se refiere a la acción en su totalidad, en su contenido objetivo y subjetivo, y en este sentido el más claro continuador de la escuela clásica es precisamente Welzel, quien en su posición doctrinal hace hincapié en la acción como una totalidad. Para la teoría clásica, por esto, lo fundamental para la antijuricidad y lo injusto es precisamente la acción, no el desvalor del resultado sino el desvalor del acto, y por esto Welzel al conceptuar el fin del derecho penal, expresará que la misión de éste es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-social y que detrás de las prohibiciones y mandatos se observan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. En la concepción de esta teoría, entonces, se adopta como punto de partida al hombre como ser libre e igual que con su voluntad determina el mundo de la naturaleza. Esta posición que se deriva tanto de considerar al hombre como resultado de una abstracción racional de la ley que lo libera de toda impureza y lo considera libre e igual en su naturaleza (que supone la postura jurídico-positiva), cuanto la que lo contempla como una abstracción cuya naturaleza es semejante a la divina y, en consecuencia, por definición también libre e igual (postura iusnaturalista) adopta en ambos casos como punto de partida este concepto de hombre con estas características que es a quien se juzga por sus actos en la misma forma. La valoración, así, parte de una idealidad y de una ficción que es inexistente, olvidándose que el hombre es ante todo un ente en sociedad, por lo que cuanto debe interesar es esa realidad social, que es en la que el hombre se da y existe, y que es también la que permite observar la ficción de la igualdad y de la libertad, ficción que puede servir para configurar el derecho civil pero no para estructurar el derecho penal (p. 127).

La escuela positiva, al poner el acento en la defensa social, se ocupa por la defensa de los bienes jurídicos como expresión que a la sociedad le interesa proteger, y así, lo injusto aparece constituido por los resultados materiales que suponen el desvalor del resultado, y de lo que se trata en su contenido es la lesión o puesta en peligro de aquéllos. Ya expresará Liszt que el injusto reside en el ataque a los intereses jurídicamente protegido de otro, sea un individuo o sea la comunidad; en síntesis, el injusto es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El punto de partida es la consideración de que el hombre es un ser determinado por la naturaleza y el medio, por lo que no interesan sus valores de acto sino lo que produce, es decir, se comienza por el resultado, como hecho surgido del hombre por la causalidad, y se observa al injusto como un fenómeno natural.

El error de la teoría causalista del delito, como parte de la tendencia clásica, será precisamente el no haber superado este punto de partida de lo injusto que le impuso la escuela positivista, a pesar de los esfuerzos orientados a contemplar los aspectos

El reconocimiento de la importancia que para el derecho penal tiene el conocimiento del bien, conlleva el entendimiento de que no sólo su lesión o puesta en peligro le están relacionados, sino que la antijuri-

subjetivo y normativos de lo injusto e incluso de la teoría normativa de la culpabilidad. La teoría causalista simplemente sobrepuso a una base natural la teoría de los valores, por lo que incurrió en una contradicción. El positivismo pone el acento de su preocupación por el hombre individual, al que observa como unidad biopsicológica, y por esto se ocupa de su acción como causalidad, que le hace afirmar la relevancia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. No consideró el positivismo al hombre como un ser en sociedad, sino sencillamente como un ser determinado por la fuerza absoluta del medio que lo rodea; y es en esta afirmación de la determinación absoluta que se equivoca la teoría positivista, porque las acciones del hombre no son determinaciones que surgen de lo natural sino de lo social, donde el sujeto actúa también como determinante en y de esa sociedad, en un juego de reciprocidades e interrelaciones, juego en que también hay conciencia, utilización y manejo de las determinantes que se dan en la propia sociedad.

El hombre, en síntesis, en el plano de lo injusto, no es una abstracción sino que es un ser dentro de la sociedad, tampoco es un animal determinado donde el acontecer de la naturaleza es absoluto, sino que es ser que se manifiesta en el acontecer social, proceso donde el hombre va superando sus determinaciones o por lo menos va tomando conciencia de ellas, en un proceso de liberación. En este proceso, el hombre toma conciencia y utiliza estas determinantes, la primera y más elemental de las cuales es precisamente el proceso de causalidad natural. Por esta razón lo injusto debe ser considerado desde el punto de vista del hombre en sociedad y, en este sentido es que se apunta la fundamental relevancia del concepto del bien jurídico.

Hassemer recuerda que las teorías sobre el bien jurídico han sido comprensivas o informativas. Como comprensivas, fueron concebidas formalmente y han tenido un valor mínimo desde el punto de vista explicativo y cognoscitivo; como informativas, han representado un valor, pero no una teoría concluyente sobre el valor jurídico que al mismo tiempo sea una teoría del delito y de la praxis penal, lo que ha limitado su valor explicativo.

En la teoría del bien jurídico se observan posiciones intrajurídicas y extrajurídicas; dentro de estas últimas aparecen las que se fundamentan en el derecho natural y en la realidad social, que respectivamente apoyan iusnaturalistas y jurídico-positivistas, y cuyas posiciones convergen al partir de abstracciones por lo general de carácter comprensivo (así Binding y también el iusnaturalista Birnmbaum).

Expresan los autores en cita que quien pareciera haber sido el primero en atender una preocupación más correcta del problema parece haber sido Liszt al señalar que los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad y que no es el orden jurídico el que genera el interés, sino la vida, correspondiendo al derecho solo la protección que eleva ese interés vital a bien jurídico. No logro aquí, sin embargo, conformar una teoría concluyente del bien jurídico que fuese teoría del delito y de la práctica penal, por lo que con posterioridad a él se continuó en la concepción de dicho concepto bajo fórmulas de abstracción y espiritualización que la llevaron a constituir sólo un criterio de interpretación teleológica, de manera que ya la escuela de Marburgo consideró al bien jurídico como un concepto del derecho penal fundamental como principio directriz de toda interpretación y constitución de conceptos (Zimmerl, Schwinge), y la escuela de Kiel, yendo más adelante, le restó aún más la importancia al bien jurídico al expresar que la lesión de éste es la lesión del deber. Welzel vuelve a encontrar nuevamente el camino cuando expresa que el bien jurídico es todo estado sociable que el derecho quiere resguardar de lesiones y al considerar

dicidad no puede ser justipreciada sin aquél, ni la responsabilidad, como tampoco la punibilidad, la imposición y la ejecución misma, como niveles diversos que son del fenómeno de la reacción del Estado. Todo esto, en

el orden social como la suma de los bienes jurídicos, es decir, que ya para este autor nuevamente el concepto del bien jurídico sólo puede ser apreciado en conexión con el orden social. En este sentido, cuando se afirma que al derecho penal le corresponde la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares, aun cuando la abstracción sigue dominando sobre la realidad social, a partir de Welzel se abre la puerta a una nueva literatura sobre el bien jurídico que trata de desentrañar su contenido y su función fundamental dentro del orden jurídico. En síntesis, en la evolución del concepto del bien jurídico el punto de unión entre las posiciones jurídico-positivistas y iusnaturalistas en su abstracción, y en su diferencia con los trascendentes realistas es que estos últimos surgen de lo concreto. El punto de coincidencia entre los trascendentes, tanto realistas como de derecho natural, es que ambos son críticos al sistema e implican una constante revisión de él, en tanto que las posiciones jurídico-positivistas intrasistemáticas se plantean sólo a partir de una orientación funcional de mantenimiento del sistema.

Bustos y Valenzuela declaran, finalmente, que si se reconoce que el acento de lo injusto no está en la idea del hombre libre e igual, como tampoco lo está en su configuración como ser determinado por la naturaleza, sino en su concepción de hombre en sociedad, es incuestionable que la base fundamental de lo injusto está en el concepto de bien jurídico, pero para señalar su estructura y función no son suficientes las definiciones vagas y sin categorías de delimitación, como aquellas expresiones que se refieren lisa y llanamente al "interés social" como las utilizadas por Liszt y por Welzel, sino que es indispensable acudir a un concepto distinto que sea más claro y concreto. Así, indican que en su concepto un primer intento para desentrañar la esencia del bien jurídico podría ser la posición seguida por Carlos Pérez, para quien el delito es un ataque a la libertad humana, entendiendo por libertad el grado de dominio ejercido por el hombre sobre la necesidad externa, sobre el mundo y sobre las personas, y sobre las relaciones subjetivas y sobre nosotros mismos; es decir, que para este autor, su concepto de libertad no parte de la ficción de libertad e igualdad utilizada por la escuela clásica, sino que es un concepto de libertad que intenta ajustarse a la realidad, e implica una permanente toma de conciencia; el concepto, sin embargo, encierra la inconveniencia de ser sólo comprensivo y no explicativo. Zaffaroni, por su parte, también afirma que la libertad es el concepto que precisa el bien jurídico, en tanto que se lesiona la disponibilidad del objeto o sea el ámbito jurídico de libertad del individuo, criterio éste que si bien aprovecha el concepto de libertad en sentido clásico, también es cierto que lo utiliza para delimitar el injusto. La importancia de estas posiciones estriba en que apuntan el concepto del bien jurídico, a partir de un sujeto en relación, lo que implica ya un importante avance, siendo sólo necesario precisar dicha unidad de relación.

En conclusión, para los autores citados el bien jurídico es una síntesis normativa de la relación social; es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social dinámica determinada (p. 135). Es decir, es un concepto que implica investigar la posición que ocupan los individuos, su intermediación con otros objetos y entes que se dan en el medio social y la interacción que se opera entre ellos. Sólo así puede darse un concepto de bien jurídico útil para precisar lo injusto, no para determinarlo en abstracto sino en la realidad social, en concreto; que permita su constante revisión crítica y que sea así, una verdadera expresión de la vida social, impidiendo que se convierta en un encarcelamiento de la vida social y un par de anteojeras para el juris-

síntesis, sólo converge en el conocimiento del contenido social del derecho y, en consecuencia, en la necesidad que la teoría tiene de ocuparse de ello y atenderlo con eficacia.<sup>8</sup>

ta. El bien jurídico es un principio garantizador de carácter cognoscitivo, toda vez que la sociedad y cada sujeto deben saber lo que se está protegiendo y por tanto deben estar en posibilidad de examinar y revisar sus bases. Lo injusto gira alrededor del bien jurídico y es el criterio determinante en los ámbitos en que éste se expresa, la atipicidad y la antijuridicidad: en la primera, en tanto que precisa, mediante la norma, cuáles son las acciones u omisiones relevantes de la relación social concreta y que son recogidas por el bien jurídico como síntesis de ellas (desvalor del acto), y en cuanto a la antijuridicidad, en la medida en que junto a la violación del orden jurídico señala cuáles son las afectaciones reales que sufre la relación social concreta (desvalor del resultado).

En relación con el bien jurídico, particular interés representa la obra de Miguel Polaino Navarrete sobre el bien jurídico en el derecho penal (Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, publicación de la Universidad de Sevilla, Editorial Católica Española, 1974).

<sup>8</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona, España, Editorial Bosh, 1972, p. 15. Preocupado por el contenido eminentemente social del derecho, y recordando la conocida frase de Liszt, de ser el derecho penal la infranqueable barrera de la política criminal, se plantea Roxin la tensión en que vive la ciencia del derecho penal, en la que aparecen opuestos el método jurídico en sentido estricto, como ordenación y elaboración sistemática conceptual de los presupuestos del delito y de los principios del tratamiento adecuado de la conducta desviada que descansan en fundamentos empíricos; o, lo que es lo mismo, que el derecho penal, parece enfrentarse consigo mismo como ciencia social que es respecto a su condición de ciencia jurídica. Recuerda, así, que para Liszt la política criminal incluía los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, constituyendo la misión social del derecho penal, en tanto que al derecho penal mismo, considerado en sentido jurídico, le correspondía la función liberal del Estado de Derecho, consistente en asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Leviathan del Estado. Este pensamiento de Liszt concebido como la "idea del fin del Derecho Penal", y que fue la base de su programa de Marburgo, era para él la meta de la política criminal; en tanto que el derecho penal, como verdadera "carta magna del delincuente" le correspondía proteger no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella, garantizándole el derecho de ser castigado sólo bajo presupuestos legales y dentro de los límites legales (pp. 15 y 16). A partir de este orden de ideas, la misión del trabajo sistemático del derecho penal quedó ajeno e incluso fue contrario a toda finalidad político-criminal, y es por esto que después Liszt, de quien proceden los rasgos principales de la estructura de la teoría del delito aun hoy familiar, se fijó como tarea de la ciencia del derecho penal, la comprensión del delito y de la pena como generalización conceptual en una consideración puramente técnico-jurídica y el desarrollo, en un sistema cerrado, de los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios de los conceptos fundamentales; es decir, que la ciencia del derecho debe ser puramente sistemática, pues sólo la ordenación de los conocimientos en la sistemática garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, de manera segura y siempre dispuesta, sin la cual la aplicación del derecho es siempre diletantismo, abandonada al acaso y a la arbitrariedad. A partir de estos conceptos, quedaron señaladas las afirmaciones claves que todavía hoy se utilizan para afirmar la importancia de la sistemática del derecho penal, y es por esto que en el mismo orden de ideas justifican la ciencia sistemática tanto Welzel como Jescheck.

El derecho penal es aquella parte del universo del derecho que se integra por el conjunto de normas jurídico-penales, los delitos, las penas y las medidas de seguridad; y la ciencia del derecho penal es el sistema conceptual y ordenador de las materias que se constituyen en su objeto. Para su conocimiento, el análisis debe atender a una metodología que debe plantearse y desarrollarse en diversos niveles: el lógico formal, abstracto y deductivo, capaz de captar esa característica de la normatividad que permite ubicar este universo conceptual diferenciado del ontológico, independientemente de que también el derecho mismo forma parte de la realidad; y por otra parte, el inductivo, concreto y experimental, que le permita captar no sólo los fenómenos que se manifiestan en el nivel fáctico, como son los delitos, las penas y las medidas de seguridad, sino también el contenido eminentemente social de las normas.

Frente a esto, Roxin expresa que si bien no se pueden cuestionar las ventajas de la sistemática, es innegable que parece resentirse una molestia, en aumento, derivada de preguntarse si la filigrana de la sistemática corresponde a su rendimiento práctico (p. 19). A partir de esta preocupación, el autor apunta la situación de crisis del pensamiento sistemático en general y de la teoría jurídico-penal del delito en particular, de la que es sintomática el hecho de que la polémica entre la teoría finalista y la causalista, que tuviera su auge en los años cincuentas, sea en el presente sólo de relativo interés, demostrando con ella la poca fe que se tiene en los resultados de las concepciones sistemáticas y la poca utilidad práctica que parecen ofrecer tales categorías (p. 25). A esto suma la observación de que sólo haría falta imaginarse un derecho penal sin parte general, para darse cuenta de que la renuncia a una teoría del delito, tanto generalizadora como diferenciadora en favor de una cualquiera valoración individual, haría retroceder la ciencia penal varios siglos, hasta esa situación de "acaso" y "arbitrariedad", sostenida en apoyo de la sistemática.

Ante estas observaciones, que impiden sugerir la posibilidad de un abandono del sistema, pero reconociendo la validez de las objeciones formuladas en su contra, Roxin señala que es natural que las desventajas se adjudiquen no al pensamiento sistemático como tal, sino al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático lastrado aún por la herencia del positivismo que acuñó el pensamiento de Liszt (opinión ésta que es coincidente con la formulada por Schamidhäuser), ya que el positivismo, como teoría jurídica, se caracterizó por desterrar de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político, y un claro ejemplo de esto es precisamente el axioma aceptado por Liszt, a partir del cual plantea la oposición entre derecho penal y política criminal; oposición ésta que lleva a entender al derecho penal, en cuanto ciencia del desarrollo que es, como ciencia que enfrenta el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema, y a la política criminal, a la que como objetivo específico se le encomienda enfrentar los fines y contenidos del derecho penal. Queda así, la política criminal situada fuera de lo jurídico, quedando a sus cultivadores sólo la misión de llamar la atención del legislador y el espacio jurídicamente neutro de la ejecución de la pena, con el que Liszt a través de la teoría de los tipos de autor intentó operar configurando la sociedad. En el pensamiento de los teóricos del Estado liberal de derecho, entre ellos el propio Liszt, operó por esto la idea básica de observar a la ley (y por ende al Código Penal), no como un instrumento de configuración social, sino sólo como un medio para la elaboración y ordenación de la coexistencia de las libertades.

De no acontecer así, metodológicamente parece plantearse de principio un obstáculo que ha sido sentido y resentido como insuperable, con la consecuencia de traducir un distanciamiento de la teoría con la realidad.

El derecho es ante todo un sistema de valoraciones; a partir del interés social, en primer término, desde el nivel de la norma, se plantea en los conceptos del bien jurídico, de su lesión o puesta en peligro, del deber y de la violación a esto último que se contiene en el tipo, y que suponen una valoración inicial por la ley, ya que el derecho, desde que surge con la creación legislativa, elabora una primera valoración al garantizar la protección de ciertas manifestaciones y expresiones de la naturaleza y de la realidad social, que a partir de dicho proceso quedan incorporados al universo jurídico como bienes protegidos por éste. El efecto de dicha valoración es la incorpo-

Como consecuencia de este proceso Roxin señala que la misión de la ley no debe considerarse agotada en esta función que entendió el Estado liberal del derecho y que así como ocurre en otras ramas jurídicas, donde son manifiestas las reelaboraciones de sus respectivos procesos de elaboración en base a los dictados de la realidad (como ha ocurrido en el derecho administrativo, que ha percibido un cambio en base al concepto de prestador al de interventor); también en el derecho penal, éste debe reestructurarse entendiendo que los problemas penales político-criminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito, tema éste en el que también se ocupa Württemberg. En este sentido, el principio protector del *nullum crimen* tiene que dar directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección convirtiéndose así, también, en instrumento de configuración social de alta significación (pp. 27 y 28) así, cuando se plantea el problema de la persona que, atacada antijurídicamente puede rechazar el ataque sea defendiéndose con armas —causa de justificación— o bien con sólo evitar el encuentro, aparentemente sólo se trata de la delimitación de la esfera de libertades y actuación, frente a la que el derecho puede adoptar la rigurosa tesis de que no tiene por qué retrocederse ante lo injusto, sin embargo, cuanto ocurre en la realidad es que está buscando una solución social que sea más flexible y justa a situaciones que son conflictivas, y lo mismo ocurre en el caso de quien actúa en error de prohibición o en el caso del desistimiento, situaciones éstas todas que no pueden ser adecuadamente resueltas con el “automatismo de los conceptos teóricos” a que se ha referido Jescheck, ya que son de naturaleza político-criminal y es necesario atender a dicho criterio. Esta visión, sin embargo, que supone sólo una salida de “corrección valorativa” a la sistematización formal, y aun cuando supone un procedimiento que supera la separación original de Liszt entre derecho penal y política criminal en tanto que da entrada en la parte general del derecho penal a valoraciones político-criminales, no logró sin embargo terminar con la separación de dichos universos que siguen recíprocamente desvinculados, que incluso generan un doble criterio de enjuiciamiento, el dogmático y el político-criminal, que incluso pueden llegar a ser contrarios. En síntesis, estima el autor en cita, que las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que se debe dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal; así, la vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado y el derecho y el Estado social supone una unidad dialéctica. Los tres requisitos fundamentales de un sistema eficaz: claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidad político-

ración de la posibilidad de imponer sanciones penales a quienes le dan aquéllos, lo que acontece cuando se actualiza la violación a la prohibición o mandato contenidos en la norma, que son a su vez también conceptos que aparecen contemplados en abstracto como elementos del tipo. También en el nivel normativo, no puede excluirse que como presupuesto de la punibilidad aparece la culpabilidad, que asimismo implicará, en su momento, de una valoración. Si bien en un nivel diverso, nuevas valoraciones aparecerán después planteadas y exigidas por el derecho, tanto para atender la adecuación típica de la conducta que ya *per se* supone una valoración, independientemente de que el poder atenderla implica también la valoración de los elementos subjetivos y valorativos que contiene, cuanto después también nuevas valoraciones serán necesarias para reconocer la antijuricidad determinando el injusto, y hacer la calificación de culpabilidad. E incluso posteriormente, en el nivel de la ejecución, nuevas valoraciones serán requeridas para atender la individualización y tratamiento individualizado en este ámbito, que

críminal, han sido realizados sólo parcialmente, y los mismos criterios deben ser objeto de reflexión científica y tomados en cuenta en la formación del sistema. Así, sugiere la conveniencia de partir de las concretas categorías del delito tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, las que deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, desde un principio, bajo un prisma de política criminal (p. 40). El tipo, aparece bajo el *leitmotiv* de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática, siendo que los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen*, y de él debe derivarse la estructuración dogmática; la antijuricidad, es el sector de las soluciones sociales de los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos a las exigencias sociales con las necesidades del individuo, es decir, aquel campo fértil en que se concebían las intervenciones de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de acción del ciudadano, y con las situaciones de necesidad inminente o imprevisible que exigen una decisión; en fin, se trata de aquella regulación socialmente justa, de intereses contradictorios, campo éste en que no han sido suficientemente puestas en claro las consecuencias dogmáticas y sistemáticas que deben deducirse y que en comparación con la interpretación del tipo, tiene un carácter completamente distinto, por último la categoría delictiva de la culpabilidad, que en realidad tiene mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de sí y hasta qué punto, en los casos de circunstancias personales y regulares o condicionadas por la situación, conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con pena. Para responder a esta última cuestión deben concluirse en el trabajo dogmático, tanto la función limitadora de la pena, que representa el principio de la culpabilidad, como las consideraciones de prevención general y especial. Finalmente, bajo este orden de ideas, el postulado del *nullum crimen*, que es la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas, y las exigencias de la teoría de los fines de la pena, sirven de base, desde el punto de vista de política criminal, a las categorías delictivas enunciadas. Por todo esto, las teorías del tipo y de la culpabilidad deben interpretarse con principios específicamente jurídico-penales, en tanto que en la antijuricidad su ámbito se extiende a otros sectores del orden jurídico (pp. 39-41).

se constituye en el contenido de la reacción social del estado, a su vez el contenido social de la punibilidad. En todo este manejo de valoraciones debe reconocerse la necesidad de atender una forma de conocimiento que permita el contenido social de ese punto de partida y ese eje sobre el que gira todo el derecho penal que es el bien jurídico, por esto, verdadera expresión social de su contenido y verdadero contenido social de la norma, tanto del tipo como de la punibilidad.<sup>9</sup> No se trata

<sup>9</sup> La punibilidad, atenta a los objetivos que determinan su función específica en cuanto posibilidad de imposición penal, aparte del bien jurídico tiene también otros aspectos que definen su contenido social, y que están determinados por los fines de la pena.

En relación con este punto, Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, España, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, 1976, pp. 20 y ss., interesado por el sentido que tiene el derecho y la función que al mismo le corresponde, se ocupa del sentido de la pena estatal, tema presente en todas las épocas, pero al que se refiere no sólo como un problema teórico sobre el que merezca hacerse algunas reflexiones, sino fundamentalmente como tema de acusante relevancia práctica, y así, se pregunta ¿cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado, prive de la libertad a algunos de sus miembros o intervenga de otro modo conformando su vida en su existencia social? Es decir, cuál es la legitimación de los límites de la fuerza estatal para esto.

Al respecto refiere que históricamente las respuestas que se han dado, se han orientado fundamentalmente en los tres sentidos clásicos de:

La Teoría de la Retribución: cuyo contenido fundamental independientemente de las múltiples explicaciones que suponen diferencias de posición, es que la culpabilidad por la acción antijurídica del autor aparece compensada por la imposición del mal de la pena, que se justifica con base en la justicia que la pena lleva en sí misma; y el punto de partida aparece apoyado en Kant, y a partir de éste, en la dialéctica hegeliana que afirma que el delito es la negación del derecho y a través de la aplicación de la pena es que logra restablecerse el valor del derecho lesionado.

Se critica la orientación porque la retribución presupone la necesidad de la pena, más que fundamentarla, pero deja sin resolver el determinar bajo qué presupuesto la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar; es decir, la teoría de la retribución fracasa en cuanto al contenido de la potestad penal del Estado. Por otra parte, también es insuficiente el justificar la pena bajo la idea de compensación de la culpabilidad, porque esta última presupone la libertad de voluntad o de libre albedrío, y esto es indemostrable, señalándose que si bien no existe una determinación biológica general del hombre, a diferencia de cuanto se da en los animales, su esquema de instintos aparece sustituido por los modelos de conducta cultural en que se desarrolla; así, el legislador justifica la pena con una hipótesis que aunque no es refutada, tampoco es verificable. Y, finalmente, la retribución, en realidad sólo es plausible como criterio dogmático o acto de fe, ya que no se puede borrar un mal cometido añadiéndole un nuevo mal que supone el sufrimiento de la pena.

La teoría de la prevención especial, por su parte, se preocupa no por retribuir el hecho pasado sino que justifica la pena ante la necesidad de prevenir nuevos delitos del autor, lo que puede ocurrir corrigiendo al incorregible (resocialización), intimidando al intimidable y haciendo inofensivo al que no es corregible o intimidables a través de la pena privativa de la libertad (inocuisación).

de reconocer solamente que para efectos de política criminal es conveniente atender el contenido social del derecho, más que esto, se trata de señalar que no es posible llegar al conocimiento verdadero del derecho (tipo, injusto, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad, etcétera), sin el conocimiento del contenido social que implican. No falta sentido, por

Se da nacimiento así, en este orden de ideas, al derecho penal privativo de seguridad y corrección que aun cuando con metas claras, no justifica las medidas estatales para su consecución. Se le objeta por esto, señalando que, como en el caso de la teoría de la retribución, tampoco explica el *ius puniendi* en su contenido. La corrección apunta el esfuerzo terapéutico social del Estado contra los inadaptados, pero es incuestionable el peligro en que la orientación incurre al estimarse que, con base en ella, aparece justificada la acción del régimen en el poder para someter a tratamiento penal a todo aquel a quien califique como inadaptado. Unido a esto, contra la prevención especial se ha señalado también, desde otro punto de vista, que bajo este orden de ideas, en el caso de los autores de delitos incluso en la jerarquía más grave, la pena no se justificaría si no existiera peligro de reiteración delincinencial, ya que si no se requiere de resocialización no existe necesidad de intimidación.

La idea de corrección, finalmente, indica un objetivo o fin de la pena, pero no contiene en sí misma la justificación de ese fin o, lo que es lo mismo, no responde a la interrogante inicial de que ¿qué legitima el obligar a una persona a ajustar su conducta a la voluntad de la mayoría y no a vivir la forma de vida que en lo personal le sea más grata? ¿En qué se apoya el derecho para poder educar y someter a tratamiento a otras personas, aun en contra de su voluntad? y ¿qué impediría a las personas poder vivir al margen de la sociedad, como ellos lo desean? (caso de quienes viven en medios de subcultura como la prostitución, la mendicidad, el homosexualismo, etcétera).

La afirmación de dicho criterio, en síntesis, lo único que prueba es que la mayoría de la gente admite la represión violenta de lo distinto y de lo discrepante, pero hasta qué punto el Estado de derecho tiene facultad para esto. La teoría de la prevención especial, en consecuencia, no es idónea para justificar el derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y porque no explica lo punible de los delitos, sin peligro de repetición, y particularmente porque la idea de la adaptación social forzosa por vía de la pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que requeriría ser fundamentada jurídicamente en base a otras consideraciones que no se explican.

Una tercera respuesta señala que el sentido y fin de la pena (retributiva o correctiva) se da, no en la influencia sobre el autor mismo, sino en sus efectos de intimidación a la sociedad, es decir, prevención general. Como inconvenientes, esta teoría permite observar, de entrada, que como en los casos anteriores no se aclara frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar, crítica ésta que se plantea a tres teorías. Por otra parte, al menos desde un punto de vista científico, no se ha podido probar la autenticidad del efecto de la prevención de la pena, y así, independientemente de que se pudiera aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de la pena, este mismo proceso de restricción social acaso no ocurra o no tenga el mismo efecto con respecto a los delincuentes profesionales o con quienes manifiestan actos impulsivos ocasionales; en ciertos delitos graves la fuerza intimidatoria puede ser escasa, y es así como la crueldad de las penas de que habla la historia no demuestra que con ello se hubiera logrado disminuir la criminalidad. Finalmente, como una última objeción contra la prevención general, se ha señalado que difícilmente se puede justificar el que se castigue a un individuo no en

esto, y se explica que en la doctrina hay también quien se manifieste señalando la conveniencia de estudiar primero los delitos previstos en la parte especial de los ordenamientos penales, para estar en aptitud de conformar la teoría general a partir de aquellas elaboraciones.<sup>10</sup>

consideración a él mismo sino en consideración a otros, crítica ésta que ya en su tiempo hubo expuesto el mismo Kant.

De la referencia anterior, Roxi concluye que ninguna de las teorías resiste la crítica y el solo hecho de que en la práctica sea facultativa escogerlas, muestra su debilidad; esto ha llevado a la doctrina a un resignado eclecticismo, a través de las teorías unificadoras que combinan las versiones de las anteriores entre sí, lo que, sin embargo, evidentemente tampoco logra resolver la situación, ya que si bien se intenta utilizar los puntos de vista aprovechables de cada una de las teorías, no puede convertir dichos criterios en absolutos, ni subsanar los defectos yuxtaponiéndolos. Acaso es por esto, concluye el autor, que las cuestiones fundamentales jurídico-penales se discuten, hoy por hoy, en su mayoría, con relación a las penas. Debe reconocerse, por esto, que el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazándolo con penas, imponiendo penas y ejecutando penas y cada una de estas tres esferas requieren de una justificación que es independiente.

<sup>10</sup> Islas Magallanes, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, tesis doctoral, pp. 1-18. Observa la autora, como resultado de sus investigaciones con Elpidio Ramírez acerca de la teoría penal, que el análisis es procedente hacerlo en relación con los delitos en particular, para derivar de allí las observaciones que lleven a la elaboración de una teoría general.

En relación con la metodología y la sistemática, Olga Islas expresa:

La metodología se funda en la lógica matemática, específicamente en el cálculo de primer nivel, de la lógica formal. La estructura se apoya en la distinción de los niveles del lenguaje. El modelo trabaja el conocimiento sintético para la elaboración de la teoría del derecho penal, planteando desde un principio su objetivo, integrado por las normas, los delitos y las penas y en medidas de seguridad. La teoría se plantea en dos niveles de conocimiento diferentes de la ciencia penal: a) un nivel general obtenido mediante un proceso de uniones sintácticas y abstracciones semánticas, que genera la teoría general de las normas jurídico-penales, la teoría general de los delitos y la teoría general de las penas y de las medidas de seguridad y b) un nivel particular: obtenido mediante un proceso de especificaciones que permite la elaboración de las teorías particulares de las normas penales, de las teorías particulares de los delitos, y de las teorías particulares de las penas y medidas de seguridad. El procedimiento metodológico permite transformar las teorías particulares en generales y viceversa, y el análisis debe ser hecho en los dos niveles, normativo y fáctico.

En relación con las teorías tradicionales, señala que las mismas intentan reducir todo el estudio de los delitos bajo un solo rubro, y así, a manera de ejemplo, al analizarse el homicidio en el mismo se estudia el dolo, la culpa, la consumación y la tentativa, siendo que cada una de estas situaciones genera una situación distinta y que una sola con todas las alternativas, no aparece contemplada en el Código Penal, que es lo que origina que los análisis resulten incompletos o bien, con conceptos distorsionados.

La construcción de una teoría general de las normas jurídico-penales exige que primero se elaboren las teorías particulares explicativas de las normas penales (una teoría por cada norma penal) y a partir de aquéllas, la elaboración de la teoría general. La elaboración de las teorías particulares de cada norma debe seguir los pasos siguientes: 1) observación, 2) formulación de un cuerpo de investigación, 3) some-

En síntesis, un orden jurídico que no sea eficaz para alcanzar su objetivo de adecuada regulación de la realidad social, atento a los fines perseguidos por el Estado, es inútil, como inútiles son también las teorizaciones y sistematizaciones que alejadas del contenido eminentemente social del derecho corren el riesgo de caer en infructífera fuente de deducciones abstractas alejadas de esa realidad de la que jamás se debieron separar; éstas, en su defecto, llevan la semilla de su destrucción. Disposiciones de un orden legal que se aleja de la realidad social, podrán seguir existiendo como normas de derecho vigente en tanto que no hubieren sido derogadas, pero no constituyen derecho positivo; no son verdadero derecho en sentido social y en sentido real, y por lo mismo no responden a una función auténtica de ordenación legal del núcleo social en que existen, porque en esa realidad social el orden aparece

timiento de la investigación a proceso de experimentación, 4) variaciones o corrección de la investigación, 5) formulación de conceptos específicos del derecho penal, 6) formulación de las estructuras lógicas de la teoría particular, con fundamento en lo anterior. Entendido este procedimiento en relación con todas y cada una de las normas penales, cuya investigación se intenta, que supone la integración de todas las teorías particulares de las normas penales, entonces y sólo entonces es posible someter estas teorías a un proceso de abstracción semántica de la cual habrá de derivar la teoría general correspondiente. El mismo procedimiento ha de seguirse respecto de las otras teorías.

Entre las teorías particulares y las teorías generales existe una diferencia metodológica: las primeras son explicativas de concretos objetos de conocimiento, cada norma exige por esto un estudio específico que genera una teoría concreta de esa norma, y la teoría general, en cambio, no tiene objeto de conocimiento propio, y no lo tiene porque teniendo todas las normas penales su respectivo objeto de conocimiento que genera las teorías particulares de cada norma, el objeto de conocimiento de la teoría general resulta ser una norma penal que no existe, sino que es sólo el resultado de un proceso de abstracción semántica en virtud del cual se eliminan de las teorías particulares todos aquellos conceptos específicos de cada teoría particular, quedando exclusivamente la semántica común. De esto deriva que la teoría general sólo puede sustentarse de las teorías particulares y cualquier otro procedimiento resulta metafísico. Las normas jurídico-penales, por estar integradas en el universo de la normatividad, deben reunir las características de toda norma: general, abstracción y permanencia. Si los elementos de un orden jurídico penal pertenecen al tipo legal o a la punibilidad, esto significa que dichos elementos son también pertenecientes a las específicas teorías del tipo legal, y lo mismo ocurre teórica de la punibilidad.

En la teoría general de los delitos y en la teoría general de las penas y las medidas de seguridad, acontece el mismo procedimiento anterior, que implica el apoyo en las teorías particulares y después, una vez sometidas al proceso de abstracción semántica, se derivan las teorías generales correspondientes. Como los delitos son fenómenos que se dan en la facticidad, se integran de elementos que corresponden al tipo legal y a un específico grado de culpabilidad determinada por el ejercicio de la libertad y los reductores de este ejercicio. Por esto los delitos que corresponden al mundo fáctico no deben confundirse con las normas penales que corresponden al mundo normativo, de lo que asimismo deriva que el delito es particular, concreto y temporal. Lo mismo acontece en relación con las penas.

establecido en forma diversa y no como lo expresan dichas disposiciones; el verdadero orden no es el previsto en la ley sino el existente en la realidad como manifestación óptica, que es por tanto el verdadero orden jurídico social en tanto que se da en normas que sí se cumplen aun siendo no coincidentes o incluso contrarias a lo dispuesto en la ley no aplicada; cuando esto ocurre, éste es el verdadero derecho en sentido social. Por esto, si el derecho es por esencia forma social, en cuanto deja de serlo contradice su propia naturaleza y en la realidad deja de constituirlo, y aun cuando existan disposiciones legales no derogadas, éstas, en sentido jurídico, seguirán siendo el derecho vigente pero no serán el verdadero derecho en sentido social.

#### ESQUEMA

Atento a que el derecho penal aparece integrado por normas cuyos dos elementos son el tipo y la punibilidad, merece atender el análisis primero en relación con éstos.<sup>11</sup>

El derecho penal es ante todo un sistema que existe para garantizar la protección de bienes jurídicos y sólo a partir de esta consideración es que puede ser justificado y entendido. Las prohibiciones o mandatos que involucran sus normas, cuya violación se constituye en delito, acontece por vía de las conductas y/o resultados que integran la lesión o referencia no puede limitarse a su exclusiva mención tangencial o superficial en el encuadramiento sistemático que sea seguido, de acuerdo con la postura doctrinal de que se trate, sino que debe procurarse su desarrollo completo, que permita comprender su contenido, que implica entender su relevancia social, la razón de ser de su protección por vía del derecho penal, e incluso las características del tratamiento penal dadas en la punibilidad, los mismos aspectos se reflejarán después en el análisis del delito y de la pena. Es pues éste un concepto límite fundamental en el estudio del derecho penal.<sup>12</sup>

A partir del análisis de los elementos de la norma y una vez superado éste, corresponde atender el análisis del delito, cuyo punto de partida lo es la tipicidad,<sup>13</sup> entendida como adecuación del hecho al tipo, si

<sup>11</sup> Así, Olga Islas, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 17 y 55.

<sup>12</sup> Franz von Liszt expresó que: "el Bien Jurídico es un concepto límite de la lógica jurídico-abstracta", idea con la cual tradujo el contenido social de la semántica de dicho concepto.

<sup>13</sup> En relación con la sistemática, la teoría finalista sigue los rasgos básicos fundamentales del causalismo normativista, si bien contemplando un alcance distinto

bien contemplando en dicho contenido los elementos objetivos, valorativos y subjetivos de la acción completa y en su caso del proceso causal o la omisión con su consecuente jurídico, con el tipo. Este análisis que aparece planteado en un nivel del lenguaje distinto al desarrollado en relación con el tipo, debe entenderse que corresponde también a una alternativa metodológica que no se excluye del método normativo, que permite analizar, a la luz del tipo, el fenómeno del delito.

La teoría del delito consiste entonces en el estudio de la tipicidad y dentro de ella el análisis del bien jurídico en concreto, y el de la acción como voluntad exteriorizada, también en concreto, con todo el proceso causal planteado por el delito de que se trate. De esto se infiere que las figuras mencionadas como de ausencia de conducta, a la luz del derecho penal se presentan como verdaderas causas de atipicidad.

A partir de su relación con el tipo, la tipicidad, así, es el punto de partida de la aplicación del derecho penal y por tanto la actuación misma del alcance de aquella expresión base del derecho penal que ya los clásicos habían detectado por vía de la fórmula del *nullum crimen sine lege*.<sup>14</sup>

Corresponde a continuación, también como parte de la teoría del delito, analizar la antijuridicidad, básicamente por vía de las causas que eliminan la ilicitud del acto que contemplan aspectos de un estrecho contenido social. En esta etapa del análisis debe reflexionar también que independientemente de la terminología utilizada, a partir de la superación del análisis sobre la antijuridicidad, se concreta un concepto de "hecho contrario al derecho", es decir, lo que la doctrina refiere como conducta o hecho antijurídico que es coincidente con la noción popular de "delito", que representa un incuestionable interés de política criminal. En efecto, no puede pasarse por alto que independientemente del acierto en reconocer que jurídicamente la calificación de una

en cada uno de los aspectos de que se ocupa, a partir de la noción de acción finísticamente determinada que es observada en toda su plenitud subjetiva y objetiva. Así, inicia su desarrollo a partir del concepto de acción, después se ocupa del análisis de la tipicidad, en la que se estudia la norma y el tipo, después la antijuridicidad, para finalizar con la culpabilidad (Wilzel Hanz, *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1964, pp. 25 y 55; 43 y ss.; 79 y ss. Maurach, Reinhard, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1962, pp. 171 y ss. Olga Islas, *op. cit. supra*, nota 10, en el análisis lógico que hace, analiza primero el tipo y la punibilidad, después el delito, en que se refiere a los presupuestos y a los elementos, consignado como los primeros, los antecedentes fácticos del delito y como elementos, el "Kernel" típico, la lesión al bien, la violación al deber y la culpabilidad; Bustos, en su desarrollo primero se ocupa del injusto, en que estudia al bien jurídico, la tipicidad y el tipo; después el hecho; la antijuridicidad y la culpabilidad.

<sup>14</sup> La frase es atribuida a Anselmo Feuerbach.

persona como “delincuente” o “responsable de cometer un delito”, sólo puede sobrevenir después del juicio de culpabilidad, socialmente hablando no es posible negar que un sinnúmero de casos que suponen la comisión de hechos punibles, por razones diversas llegan a quedar impunes, sea porque no fue localizado el presupuesto responsable, o por la habilidad del defensor, o por deficiencias en el sistema de impartición de justicia, o porque sencillamente se trate de situaciones que nunca llegaron al conocimiento de las autoridades, es decir, las cifras negras y oscuras a que se refiere la criminología.

En estos casos, pues, que representan un insoslayable interés para el sistema de defensa social y para orientar y atender con eficacia la reacción social del Estado frente a la conducta antisocial en sentido jurídico penal, no es posible sencilla y llanamente negar la existencia de los delitos con el fácil expediente de afirmar que no existe delito ante la falta del elemento integrado por el juicio de culpabilidad. Con mayor acierto y sin duda también con mayor eficacia desde el punto de vista de la utilidad social, debe reconocerse que tales casos, que representan una gran importancia por el volumen considerable que suponen, sí implican la existencia de delitos desde el punto de vista de su manifestación social, y cuanto ocurre es sólo que, desde el punto de vista jurídico y aquí también diríamos social, no existe una persona en concreto a quién imputar la responsabilidad, no hay a quién incriminar. Este orden de ideas nos parece más apegado a la realidad social que aquel otro en que tal parece que la teoría, encerrada en los muros de sus propias construcciones, limita el alcance de su potencialidad social. No se niega ni podría negarse la utilidad indubitable que tiene la teoría de la culpabilidad, con todas sus importantes aportaciones que finalmente se reflejan en la seguridad jurídica del individuo, que es precisamente la otra cara del derecho penal como protector que es de la libertad individual; cuanto se afirma, es sólo la necesidad de sugerir y proponer modelos de sistematización que no se limiten a negar la realidad social, o una parte de ella —la que no concuerda con sus esquemas—, sino que las incorpore y así como se contempla la atención de una parte del problema, que se procure también la atención de la otra. Éste es un cometido sobre el que debe meditar seriamente la doctrina: hasta qué punto debe o puede corresponder al derecho penal, su interés por estos problemas atendiendo a su contenido social.

La culpabilidad no es en sí un fenómeno que corresponda a la conducta del individuo, sino que es el reproche que el Estado hace al autor, por vía del juzgador, por haber incurrido en la conducta, o hecho esti-

mado antisocial y que por tanto se constituye en un verdadero presupuesto de la punibilidad.

En efecto, para que se pueda inculpar a una persona, para que se le pueda calificar como “delincuente”, es necesario que sea declarado “culpable”, por el juzgador, lo que si desde el punto de vista procesal representa un último momento del proceso que finaliza con una sentencia condenatoria, desde el punto de vista penal, implica el último eslabón necesario para que, actualizados los elementos de la norma por un individuo, se concrete en su persona la punibilidad, a través de la imposición de una pena, que a su vez deberá ser objeto de ejecución.

En el análisis de este aspecto salta a la luz del entendimiento el contenido de fuerte esencia social que representa, ya que es claro que el juicio de valoración que representa la culpabilidad tiene que tomar en consideración precisamente una serie de situaciones que afectan al autor en la realización de su conducta.

Dentro del panorama sistemático brevemente esbozado, el tema de los delitos de lesión y los delitos de peligro, corresponde ser atendido, en cuanto clasificación tipológica, en el nivel del análisis normativo del tipo; en lo relativo a su manifestación, en cuanto tratamiento de hechos punibles y de delitos, corresponderá hacerlo en los momentos respectivos del análisis; así el concepto de peligro, particularmente presenta interés en el ámbito de la tipicidad, en relación con su adecuación típica y respecto al inicio de la acción típica en la causalidad; en la antijuridicidad, en lo referente a la valoración del concepto; y en la culpabilidad, para la calificación del reproche respectivo, o en su caso, para la determinación que imponga la medida de seguridad.

#### DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Con las consideraciones generales apuntadas en la introducción, fundamentalmente de orden sistemático, pero básicas para entender no sólo la ubicación de los delitos de lesión y los delitos de peligro dentro del sistema del derecho penal, sino también para su concepción misma, sobre todo en cuanto a figuras vinculadas con el bien jurídico, se procede a su desarrollo.

En general se afirma que delito de lesión es aquel que ocasiona un daño o lesión al bien jurídico protegido y que delito de peligro es aquel que observa como contenido la sola puesta en peligro de los bienes cuya protección garantiza el derecho.

Los delitos de lesión, en cuanto figuras que suponen precisamente una "lesión" al bien jurídico, es decir, su afectación por cualquier vía, no ofrecen más dificultad que la determinación del inicio de la lesión que es problema que corresponde al *iter criminis* y a la relación de causalidad y, por otra parte, entender que el tratamiento del tema sólo puede ser atendido adecuadamente en relación con el bien jurídico que es el eje sobre el que oscila todo el derecho penal. Su alternativa, el delito de peligro, consiste en la "puesta en peligro" del bien jurídico protegido, que lleva a la necesidad de conceptuar el peligro como base de identificación de los delitos de esta especie y, por tanto, también punto de diferencia de la clasificación planteada.

#### CONCEPTO DE PELIGRO

Al parecer, fue Stübel quien primero estableció la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro; Carrara después se ocuparía de ellos en relación con los delitos de resultado y después sería Binding quien concebiría por vez primera en el sistema de derecho penal la noción del peligro como elemento subjetivo de un grupo de delitos, interesándose por el dolo de lesión y por el dolo de peligro.

Jiménez de Asúa,<sup>15</sup> resumiendo la opinión de diversos autores, recuer-

<sup>15</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. III, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965, pp. 466 y ss. Como bibliografía sobre el tema, el autor señala: Hungria, Nelson, t. v de los *Comentarios ao Código Penal*, Río de Janeiro, Edição Revista Forense, 1942, pp. 330 y ss. Especialmente consúltese: Quintano Ripollés, Antonio, "Delito de lesión y delito de peligro", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI (Barcelona, Seix, 1954), pp. 477-478 y 481-483, respectivamente. Madureira de Pinho, Demosthenes, *O valor do perigo no direito penal*, Río de Janeiro, 1939. Botti, "La nozione giuridica del pericolo", en *Studi in Onore di Carlo Fadda*, Nápoles, 1905; Rocco, *Il concetto del danno e il concetto del pericolo nel diritto penale*, en s. p., 1909; Biamonti, "Revisione critica del concetto di pericolo di vita", en *Atti della Società di Medicina Legale*, II, 1909; Campolongo, Francesco, *I reati ferroviari e di pericolo*, Nápoles, 1910; Biamonti, "Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche", en *Rivista italiana da Sociologia*, 1912; Antolisei, *Sul concetto del pericolo*, en s. p., 1913. pp. 127 y ss.; Di Guyanga, Janniti, *Concorso de più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, 1913; Vannini, "Reati di pericolo astratto e di pericolo concreto", en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, 1918, facs. 9-10; el mismo, "Il valore del pericolo nel tentativo", en *Supplemento alla Riv.* p. 1919, pp. 220 y ss.; G. Ratiglia, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Venecia, 1931. Lammasch, *Das moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs*, Viena, 1879; Von Rohland, —*Die Gefahr im Strafrechts*, 2ª edición, 1888, Von Buri, "Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf dem Versuch", en *Gerichtssaal*, vol. XL, pp. 503 y ss.; el mismo, en *Gerichtssaal*, vol. XLIV, pp. 321 y ss.; Von Kries, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886; el mismo, "Ueber der Begriff der objektiven Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht", en *Z.*, vol. IX (1889),

da que el derecho penal hace referencia a situaciones en donde el elemento es lesivo y otras en donde el elemento es peligroso; lesión actual y lesión potencial de un interés tutelado; delitos de daño y delitos de peligro, para agregar que el peligro es un concepto normativo de fondo emocional.

Maurach señala que el concepto de peligro desempeña en el derecho penal un papel que trasciende en mucho a los propios delitos de peligro, para agregar que se califica de peligro a un estado irregular, usual, en el que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una previsión posterior objetiva, la producción de un daño;<sup>16</sup> después referirá que la frontera entre los delitos de lesión y peligro es fluida, existiendo numerosas infracciones que representan, a la vez, un delito de peligro y de lesión. Welzel recuerda que las leyes más modernas se conforman cada vez más con un peligro en lugar de la expresa lesión al bien jurídico, y en relación al caso de los tipos culposos,<sup>17</sup> hace notar que en éstos el tipo aparece complicado por la duplicidad del concepto de peligro, ya que la acción que infringe el cuidado debido es una acción que plantea un peligro para los bienes jurídicos, y al exigirse dicha acción en los casos en que se plantea una puesta en peligro, surge un nuevo concepto de peligro.

pp. 528 y ss.; Finger, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, Praga, 1889 (en contra de Von Kries); Celikowski, *Der Begriff den Gemeingefährlichkeit im Strafrecht*, Posen, 1897; Schultz, "Der Begriff der Gefahr", im *Strafrecht*, etcétera, Diss. de Münster, 1905; Hofheinz, *Verletzung und Gefährdung als Kriterien der Zweiteilung im Systeme der strafbaren Handlungen*, Breslau, 1907; Von Ullmann, en V. D., parte especial, vol. v, pp. 87 y ss.; Ritter von Liszt, Eduard, *Die Gefährdung im Strafrecht*, en *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, vol. LI (1913), pp. 339-350; Finger, A., "Das Gefährdungsdelikt im Entwurf eines österreichischen Stragesetzbuchs", en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, vol. XXI (1914), pp. 327-344; Scheffer, *Der allgemeine Gefährdung statbestand und seine Berücksichtigung in einem zukünftigen Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch*, tesis de Kiel, 1926; Henckel, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Breslau, Schlettersche Buchhandlung, 1930; Finger, "Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht", en *Festgabe für Frank*, 1930, vol. I, pp. 230 y ss.; E. Mezfer, "Die gemeingefährlichen Handlungen", en *Gerichtssaal*, vol. XCIII, pp. 138 y ss.; Rabl, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau, 1933; Boldt, "Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht", en Z., vol. LV, pp. 44 y ss.; Hermann, *Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht*, tesis de Tubinga, 1939; Schwander, Vital, "Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit", en *S. Z. F. S.*, t. LXII (1948), pp. 281-292. Bodelet, L., *Le risque accepté en Droit pénal français contemporain*, tesis de doctorado, Dijon, Imp. Moderne, 1932.

<sup>16</sup> Maurach, Reinhard, *Tratado de derecho penal*, t. I, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 277.

<sup>17</sup> Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, p. 77.

En México, Olga Islas<sup>18</sup> refiere que lesión del bien jurídico es la destrucción, o disminución o compresión del bien, y peligro de lesión es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico, para agregar después que la lesión del bien jurídico es el elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es el elemento del tipo de la tentativa.

Jiménez Huerta, refiriéndose a los delitos contra la vida, expresa que el bien jurídico es tutelado penalísticamente no sólo del ataque que se produce con su efectiva lesión, sino también de aquel que lo pone en peligro, lo que explica la creación de sendos tipos penales protectores de la sola puesta en peligro.<sup>19</sup> Pavón y Vargas,<sup>20</sup> indican que doctrinalmente se han distinguido los delitos de daño de los delitos de peligro, y mientras que en los primeros se produce la destrucción o disminución del bien jurídico, con la consiguiente lesión del interés, en las segundas, el legislador, al estructurar el tipo, ha tomado en cuenta únicamente la probabilidad de que el bien jurídico pueda resultar dañado, es decir, que se plantea la sola amenaza de destrucción o disminución del bien; para señalar después la diferencia entre el delito de peligro concreto o efectivo y el delito de peligro presunto o abstracto, y referirse también a los delitos de resultado material y resultado jurídico de cuya diferencia intentan ocuparse.

Refiriéndose al Código Penal español, Escriba Gregori indica en el amplio estudio que realiza sobre el tema, que un análisis de la noción de peligro en aquel ordenamiento permite observar que no existe una definición legal de peligro, a pesar de la importancia que el concepto tiene en campos diversos del derecho penal.<sup>21</sup> Acaso esto encuentra explicación porque el concepto de peligro no es una noción autónoma, sino que es un concepto de referencia que afecta a diversas instituciones jurídico-penales.<sup>22</sup> Maurach, en igual sentido, señala que el concepto trasciende a los propios delitos de peligro e interesa al derecho penal

<sup>18</sup> Islas, Olga, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 57 y 58.

<sup>19</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. II, 3ª edición. México, Editorial Porrúa, S. A. 1975, pp. 205 y ss.

<sup>20</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco y G. Vargas López, *Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1966, pp. 13, 14 y 15. Los autores en su desarrollo se refieren al concepto de lesión del orden jurídico, evidenciando la frecuente confesión apuntada entre los conceptos de lesión y violación.

<sup>21</sup> Escriba Gregori, José Ma., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Editorial Bosch, 1976, p. 17.

<sup>22</sup> Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 165, citado por Escriba Gregori, *op. cit., supra*, nota 21, p. 17.

en la determinación de la causalidad, según la teoría de la adecuación, para la graduación de la pena y para el internamiento.<sup>23</sup>

En síntesis, tanto en la doctrina alemana, como en la italiana, en la española, en la latinoamericana y en México, el concepto de peligro ha sido objeto de tratamiento por diversos autores, algunos, desarrollándolo específicamente en relación con los delitos de peligro; otros, con la tentativa; otros analizando el peligro mismo; y otros estudiándolo en relación con otras instituciones de la teoría penal.<sup>24</sup> De su conocimiento es interesante observar la diversidad de aspectos y opiniones, entre las que vale señalar la frecuente identificación del concepto de lesión con la del daño, cuya connotación semántica no es necesariamente la misma; su relación y confusión con el resultado material y con el resultado jurídico, e incluso con el objeto material, y con los delitos formales y su tratamiento más regular como una forma de clasificación de los tipos delictivos.

El interés por el tema, en fin, fue el motivo de su inclusión en la agenda del Congreso Internacional de Derecho Penal, realizando en Roma, en 1969, evento durante el cual se puso de manifiesto la diversidad de opiniones existentes al respecto y la confusión en relación con los delitos de peligro, uno de cuyos aspectos, el concepto de peligro mismo.

En relación con el peligro, fundamentalmente han sido tres las posiciones doctrinales para explicarlo: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría subjetiva-objetiva.

Para los subjetivistas, el peligro no constituye algo real, algo objetivamente existente, sino que supone una representación de la mente humana, es sólo un *ens imaginationis*,<sup>25</sup> toda vez que en la realidad no hay peligro para la posibilidad o la probabilidad del acontecimiento. Si el resultado lesivo no se produce es porque no podía acontecer; si no ocu-

<sup>23</sup> Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 277. El autor recoge las opiniones en el mismo sentido de Hippel (II. 100) y de (Mezger, p. 128).

<sup>24</sup> Entre otros, se han ocupado del tema, en Alemania: Binding, Von Rohland, Hälschner, Max Ernesto Mayer, Von Kries, Von Buri, Janka, Finger, Merkel, Oppenheim, Franck, Mezger, Hippel, Maurach, Welzel, Jescheck, Schmidhäuser, Amelung, Hessemmer; en Italia: Carrara, Biamonti, Botti, Rocco, Giannitti, Vannini, Ratiglia, Petrocelli, Antolisei, Bettiol, Delitala, Ranieri, Massari, Carnelutti, Maggiore, Manzini, etcétera; en España: Quintano Ripollés, Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Rodríguez Devesa, Del Rosal, Cuello, Ferrer Sama, Escrivá Gregori, Beristáin, Barbero Santos, etcétera; en Latinoamérica: Jiménez de Asúa, Nelson Hungria, Novoa Monreal, Bustos, Carrancá y Trujillo, Porte Petit, Jiménez Huerta, Pavón Vasconcelos, Gustavo Malo, etcétera.

<sup>25</sup> Finger, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, Praga, 1889 (citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 468).

rré es porque no tenía que ocurrir; o lo que es lo mismo, que las condiciones para considerar peligrosa una situación son causales de un acontecimiento dañoso, y si no se producen es porque no lo eran y jamás hubo riesgo objetivo de que dicho daño se produjese.

Siendo coincidente este orden de ideas, en su contenido medular, con la postura causalista, entre los más decididos subjetivistas se sitúa Von Buri al afirmar la teoría de la equivalencia de las condiciones en la causalidad, ya que faltando la condición, el efecto no se produce, lo que constituye precisamente el punto de partida de la posición subjetiva del peligro. Distingue este autor, sin embargo, entre la peligrosidad de la acción y la producción de un peligro determinado y con esto da origen al orden de ideas que sustenta a la teoría de los delitos de peligro abstracto.<sup>26</sup>

La orientación objetivista, en cambio, afirma que la acción peligrosa es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo, y así Von Rohland<sup>27</sup> defenderá esta concepción al hablar del peligro como la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento lesivo.

Como recuerda Antolisei<sup>28</sup> la acción es peligrosa si produce un cambio físico material que representa objetivamente un peligro, que en esencia es idea coincidente con la afirmación de Liszt de ser el peligro un acontecimiento de la realidad donde el resultado puede estar constituido por un peligro y por esto mismo Von Kries,<sup>29</sup> al afirmar su teoría de la causa adecuada en relación con la causalidad, habrá de perfilarse en este sentido.

De esto deriva que a la base de quienes sostienen esta posición lo esencial en el delito de peligro es la acción y no el resultado, estando fijado el interés en un punto más allá de la lesión producida a un bien jurídico, que es precisamente la existencia del peligro a que aquél queda sometido.

<sup>26</sup> Von Buri, "Über den Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch", en *Gerichtssaal*, 1888, vol. XL, pp. 503 y ss. (citado por Escriba Gregori, p. 49).

Siguen la posición subjetiva entre otros: Janka, Finger, Hertz, Von Buri, Civoli.

<sup>27</sup> Von Rohland, *Die Gefahr im Strafrecht*, Dorpt, 1886, en (Escriba Gregori, p. 51).

<sup>28</sup> Antolisei, Francisco, *La acción y el resultado en el delito*, traducción de José Luis Pérez Hernández, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, p. 129. Antolisei expresa que el peligro, aun cuando se distingue del resultado, no puede ni debe considerarse como un concepto contrapuesto a aquél. El peligro es una modificación del mundo exterior causada por la acción humana y por eso es un resultado, razón por la cual viene a constituir precisamente una forma especial de resultado.

<sup>29</sup> Von Kries, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886 (en Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 466 y 469).

La posición objetiva ha sido defendida por diversos autores en la doctrina de diversos países.<sup>30</sup>

Teorías objetivas-subjetivas o teoría mixta: a partir de las anteriores, se ha afirmado que en ambas teorías existen aspectos que deben ser atendidos y que a pesar de sus diferencias existen aspectos que son comunes.

Mezger<sup>31</sup> expresa que el peligro supone un juicio fundamentado en la experiencia general, por el que se expresa un temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico, y no puede ser un criterio exclusivamente subjetivo, que lo sería si fuera el del autor, porque siendo el juez quien formula el juicio, tiene que ser objetivo. Agrega que el concepto de peligro no es un puro concepto normativo, y que lleva en sí un elemento de experiencia relativa a un curso causal posible.<sup>32</sup> En el mismo sentido, Oppenheim<sup>33</sup> expresa que el conocimiento de la probabilidad constituye algo subjetivo, en tanto que la situación misma es objetiva, y Petrocelli<sup>34</sup> opina que el peligro resulta constituido por un elemento objetivo y un elemento subjetivo, uno es el factor causal existente como tal en el mundo exterior, y el otro es el juicio que relaciona al factor con el resultado, estableciendo la posibilidad de su producción.

En el Coloquio del Décimo Congreso de Derecho Penal se destacó el predominio del concepto de peligro en sentido objetivo, según refiere en su informe general Delitala. En el mismo, Lernell<sup>35</sup> se pregunta por el carácter de la categoría ontológica de la noción de peligro, después de distinguir las categorías ontológica y epistemológica siguiendo a Cieslak, y habla del peligro como un fenómeno de situación, como una categoría ontológica de estado, conectada con el problema de la relación de causalidad.

Von Hippel, que adopta una orientación subjetiva al considerar que

<sup>30</sup> Entre otros: Stübel, Von Rohland, Von Kries, Binding, Florian, Hälschner, Merkl, Busch, Antolisei, Petrocelli, Córdoba, Novoa, Escrivá Gregori.

<sup>31</sup> Mezger, *Tratado*, t. I, 1955, p. 252.

<sup>32</sup> Bettiol, Giuseppe, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Editorial Temis, traducción de José León Pagano, 1965, pp. 261-266. Se declara este autor en el mismo sentido que Mezger acerca de la consideración normativa.

<sup>33</sup> Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechenens*, 1894, p. 208 (en Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 469).

<sup>34</sup> Petrocelli, *La Pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940 (en Escrivá, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 57).

<sup>35</sup> Lernell, Leszek, "Comunicación sobre los delitos de peligro", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, 1º y 2º trimestre, núms. 1 y 2, pp. 215-239. Ver pp. 216 y 217.

no pueden darse características de posibilidad real en un concepto jurídico normativo, se plantea el problema del peligro a partir de una mejor definición lingüística; diferencia la expresión de peligro en su doble aspecto de significado y significante, e indica que incluso el cambiar la expresión de “peligro” por la de “situación peligrosa” no dice nada, y si se dice que una “cierta situación es peligrosa”, faltan datos referenciales (como el del bien jurídico) para poder entenderla. El término “es” supone una expresión que no puede entenderse en su connotación ontológica, sino sólo en la de su función gramatical sincategore-mática de cópula, por lo que la expresión “esta situación es peligrosa”, podría ser reformulada para aclarar su significado diciendo “esta situación se considera como peligrosa”, ya que la relación hipotética del resultado ontológicamente se encuentra descartada.<sup>36</sup>

Baigun adopta una orientación objetiva en la que reconoce al peligro como un fenómeno en sí mismo que es reflejo de la situación dada en la realidad, expresando que tan es cierto esto que incluso genera emociones, sensaciones, sentimientos de alarma, y tales manifestaciones no desnaturalizan la objetividad del peligro “como una cosa en sí misma”, ya que no expresan la percepción o la emoción de ésta o aquella persona en particular, sino la concepción formada por la conciencia social a través de la educación y el aprendizaje, que naturalmente surge de la interacción permanente del individuo. De este concepto de peligro, diferencia el autor otro más, al observarlo como “cosa en tanto que agente” que le pondría en relación con el resultado lesivo. Por esto, para él, la expresión del carácter objetivo del peligro, como “peligro en sí mismo”, observa el doble sentido ser expresión en sentido ontológico, y además como regla general que lleva a la lesión del bien.<sup>37</sup>

Novoa Monreal, también en la orientación objetiva, recuerda que efectivamente se producen modificaciones en el mundo exterior que son perceptibles por los sentidos, mismos que suponen un peligro.<sup>38</sup> Y Córdoba Roda, en la misma orientación, pone el acento en la necesidad de que exista una real situación de peligro.<sup>39</sup> Barbero Santos entiende

<sup>36</sup> Von Hippel, Reinhard, *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*, Berlín, 1972, p. 47 (así Escrivá Gregori, *op. cit.*, *supra*, nota 21, p. 59).

<sup>37</sup> Baigun, David, “Comunicación sobre los delitos de peligro”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, 1º y 2º trimestre, núms. 1 y 2, pp. 33-54. Ver. p. 35.

<sup>38</sup> Novoa Monreal, Eduardo, “Comunicación sobre los delitos de peligro”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, 1º y 2º trimestres, núms. 1 y 2, pp. 323-356. Ver 330.

<sup>39</sup> Córdoba Roda, Juan, “Comunicación sobre los delitos de peligro”, en *Revue*

el peligro como la probabilidad de lesión del bien jurídico y Beristáin se refiere también a una alternativa desfavorable de las probabilidades del riesgo jurídico permitido.

Bustos y Politoff,<sup>40</sup> reiterando el criterio objetivo, rechazan el argumento de quienes, apoyados en una idealidad más allá del conocimiento humano, hablan de la inexistencia del peligro en sentido objetivo al que sólo admiten en sentido subjetivo, expresando que si la lesión no ha de producirse, entonces no se produce, y aun cuando pudiera creerse que existe peligro, en realidad el peligro de lesión en ningún momento se ha dado ya que faltan las condiciones para ello, y por esto, si se pensara en un ser ideal omnisciente, éste sólo podría incurrir en acciones lesivas o no lesivas, ya que estaría en posición de discernir todas las contingencias.<sup>41</sup> A esto, los autores en cita señalan que el hombre no puede tener un conocimiento universal, todas sus aproximaciones a la realidad aparecen hechas a partir de criterios de probabilidad, y, en este sentido, incluso sus afirmaciones acerca de las leyes físicas observan igual carácter en tanto que falta también en dicho caso una experiencia universal sobre ellas, por lo que siempre son aproximaciones fundadas en la probabilidad; en igual forma debe reconocerse, entonces, que también la realidad objetiva de la situación de peligro se apoya en una relación de probabilidad.

En síntesis, actualmente es preponderante, que no excluyente, el criterio sostenido por las posiciones objetivas, si bien, como señala Escrivá Gregori, el concepto mismo acerca de la objetividad del peligro no es siempre el mismo, ya que a veces se le entiende en sentido óntico, como algo real; en otras, como la base nomológica del juicio; y en otras, como la consecuencia de la diferencia en el juicio entre el juzgador y el autor.

A partir de la concepción objetiva puede expresarse que en relación con el peligro, dos son los problemas a determinarse: la posibilidad o

*Internationale de Droit Pénal*, 1969, 1º y 2º trimestre, núms. 1 y 2, p. 357-379. Ver p. 360.

<sup>40</sup> Bustos, Juan y Politoff, Sergio, "Comunicación sobre los delitos de peligro", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, 1º y 2º trimestres, núms. 1 y 2, pp. 337-356; ver p. 338.

<sup>41</sup> Este extremo del subjetivismo hizo afirmar a Hälschner que el peligro es sólo un hijo de nuestra ignorancia, para llevar a Merkel, después, a expresar que un ser omnisciente no podría nunca incurrir en peligro, sino sólo en acciones dañosas o no dañosas por lo que los autores mencionados a su vez expresan, que, en sentido contrario, lo mismo podría decirse de un ser omnipotente y omnisciente que en estas mismas condiciones observaría actos que jamás comportarían riesgo alguno, lo que sólo apunta la ineficacia e inutilidad de este tipo de afirmaciones absolutas.

probabilidad de producción del resultado; y el carácter dañoso o lesivo del mismo.

Sobre la probabilidad, básicamente son mencionadas dos orientaciones:

La concepción gnoseológica, que considera que probable es lo que según las apariencias puede ser declarado verdadero o cierto, admitiendo diversas graduaciones de probabilidad según su mayor o menor acercamiento a la certidumbre. En esta postura es que se apoya el “probabilismo” que afirma que las cosas sólo pueden conocerse de manera aproximada, quedando excluido el conocimiento absoluto.

La concepción ontológica de la probabilidad, por su parte, afirma que ésta es un concepto aplicable a las cosas mismas.<sup>42</sup> En este orden de ideas, se distingue entre probabilidad de un acontecimiento, que admite su medición, y probabilidad de una hipótesis, que no puede ser medida numéricamente; y se distingue también entre probabilidad inductiva, que trata de establecer la mayor o menor admisibilidad de la hipótesis en base a los datos poseídos, y la probabilidad estadística en la que han trabajado particularmente Von Mises y Reichenbach, este último particularmente en la creación de una lógica con escala sostenida de valores lógicos. Escriba Gregori<sup>43</sup> recuerda que Klug, siguiendo los trabajos de Hilbert y Ackerman, establece en relación con los enunciados (proposición de la que tenga sentido observar que es cierta o falsa) un cálculo lógico bivalente y que en lógica pueden admitirse supuestos trivalentes o “N” valentes, ya que entre los polos de verdadero o falso se dan posibilidades intermedias diversas, y así es que Reichenbach habla de la lógica plurivalente.

Carnap, refiriéndose a la teoría de la probabilidad, expresa que el término probable tiene una triple acepción: como un concepto clasificatorio, que es el usualmente aprovechado en la división clásica; como un concepto cuantitativo, que es numérico; y como un concepto comparativo, que es un concepto de orden, sin uso de valores numéricos. Juhos, al hablar de la probabilidad admite incluso una noción basada en creencias de orden personal a la que califica de probabilidad empírica, al lado de otras.

De lo expuesto vale afirmar que es posible entender la expresión terminológica de “probabilidad” en sentido no numérico y sí gradual, que es la aplicable a la noción de “peligro”, el cual, así, puede ser entendido

<sup>42</sup> Ferrater, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, 1971, t. 2º, pp. 481 y ss. (en Escriba Gregori, *op. cit. supra*, nota 21, p. 22).

<sup>43</sup> *Op. cit. supra*, nota 21, p. 43.

como el grado mayor o menor de la producción de un acontecimiento dañoso o lesivo, admitiendo grados diversos de peligro.<sup>44</sup>

En resumen, con referencia a la noción de peligro, es válido admitir que el concepto de peligro que maneja el derecho penal puede ser singularizado en sentido objetivo como una probabilidad de lesión o de daño, en un concepto que admite graduaciones de mayor o menor peligro, atendiendo a un concepto comparativo de la probabilidad, que no es numérico, sin que sea necesario acudir al concepto de la probabilidad empírica.

Esta aseveración es congruente con el sentir medio de las personas, que, en efecto, entienden que una situación puede ser más o menos peligrosa independientemente del acontecer del resultado lesivo. Es congruente con las afirmaciones de quienes como Antolisei, Novoa Monreal y Córdoba Roda, señalan que efectivamente se manifiesta un cambio y una mutación en el mundo físico que obliga a reconocer que en tales circunstancias no existe el nula, sino que objetivamente existe un cambio. Es congruente con la afirmación de que tan son ciertas tales situaciones de peligro y que es factible valorarlas como "cosa en sí misma", como expresa Baigun, que las mismas generan en quienes las recientes, vivencias psicológicas diversas de emoción, sentimiento, temor o alarma, observación ésta que no debe llevar a una confusión psicologista del concepto de peligro, porque tales sensaciones y percepciones psicológicas del "encontrarse en peligro", si bien pueden ser relevantes para el derecho penal en diferentes aspectos, no se refieren, sin embargo, al concepto de peligro, objetivamente considerado, que es el concepto a que atiende el derecho penal en el tema en desarrollo; por esto, tales situaciones son relevantes sólo en tanto que constituyen manifestaciones físicamente perceptibles de un número no determinado de individuos, que se presentan como útiles para reconocer un aspecto del peligro, o, lo que es lo mismo, que aquéllas no son obstáculo para reconocer que la situación misma ha sido o no peligrosa, y en todo caso se muestran como una evidencia del peligro.

El concepto de peligro, en consecuencia, es planteado equivocadamente por los subjetivistas que afirman que lo que no ocurre es porque no podía ocurrir, pues si dicha afirmación dentro de un contexto causal valorado *ex post*, implica una verdad ontológica, no corresponde, en cambio, a la vivencia de peligro que es lo que intenta evitar el derecho por vía de los delitos de peligro. Por esto, es acertada la observación de Von Hippel, cuando señala la necesidad de precisar el uso gramatical

<sup>44</sup> Así, Escriba, Gregori, *op. cit. supra*, nota 21, p. 26.

de las expresiones, procurando evitar el manejo de aquellas que, como el vocablo “es”, resulta bivalente en tanto que tiene el doble significado de implicar una determinada situación ontológica y por otra parte significa también sólo una expresión gramatical copulativa, que es el sentido en que evidentemente se le utiliza en relación con el concepto de peligro; es cierto, entonces, que resulta más preciso expresar acerca de una determinada situación, que la misma “se considera una situación peligrosa” y no expresar que la misma “es una situación peligrosa”. Por igual razón deben también desecharse las afirmaciones extremas del subjetivismo que contempla cuestiones ideales y respecto de las cuales son acertadas las críticas formuladas por Bustos y Politoff.

Finalmente debe señalarse también que, en tanto que el juicio acerca del peligro debe ser emitido por una tercera persona, la del juzgador, lleva en esto, dicho juicio, un razgo incuestionable de tamiz psicológico que es insuperable, en tanto que supone una valoración, como lo es también el hecho de que quien vive la situación de peligro también resiente el impacto y la vivencia psicológica, aspectos éstos que son también subjetivos en tanto que implican valoración, acertada o errónea pero al fin valoración, pero es evidente que tales fenómenos y características no eliminan la naturaleza objetiva del peligro, en cuanto fenómeno considerado en sí mismo y que precisamente se constituye en el objeto de la valoración, sino que por el contrario son observaciones que confirman la factibilidad de su naturaleza de objetiva.

Estas apreciaciones conducen a la necesidad de conceptualizar el juicio del peligro.

#### EL JUICIO DE PELIGRO

El derecho penal hace referencia al peligro bajo circunstancias diversas; esto, unido a la posibilidad ya admitida de que pueden presentarse grados diversos del peligro, dificulta el conceptualarlo como una noción única, con validez general,<sup>45</sup> y contemplar, en cambio, la necesidad de valorarlo en concreto.

El peligro, en efecto, es un concepto previsto en la ley en formas diversas: a veces aparece referido en los tipos con funciones distintas,

<sup>45</sup> Esta consideración es congruente con la afirmación antes formulada en relación con el concepto del bien, en que se apunta también la necesidad de analizarlo en concreto, como un concepto de relación. En este mismo sentido, para estar en posibilidad de analizar su puesta en peligro, debe acudirse también a un concepto de peligro referido al caso.

en ocasiones, formando parte de la conducta prevista en el tipo;<sup>46</sup> otras, observado como un elemento independiente de la conducta;<sup>47</sup> y otras, suponiendo una calificación del resultado.<sup>48</sup> En ocasiones, el legislador se refiere específicamente al término “peligroso”, pero en otras hace uso de expresiones como “riesgo” o alguna otra; e incluso, también a veces las califica con otras palabras como “grave”, “inminente” u otra;<sup>49</sup> y en otras se utilizan expresiones que sin hacer referencia expresa al peligro, éste resulta contenido en el precepto.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Art. 164 del C. P. relativo a la Asociación Delictuosa. (En el caso, aun cuando no aparece expresamente señalado, el término “peligro”, la situación considerada peligrosa es precisamente la conducta de formar parte de la Asociación, independientemente de las acciones y/o resultados que ésta realice —peligro abstracto y peligro presunto—, que son punidos en forma independiente); los arts. 193-198, del C. P., en general contemplan diversos delitos contra la salud, relacionado con la siembra, cultivo, cosecha, manufactura, fabricación, tenencia, proselitismo, etcétera, de estupefacientes o psicotrópicos, en que la conducta típica es considerada en sí como peligrosa. Son también casos en que la situación de peligro es abstracta y éste aparece como presunto, sin que sea necesario comprobar el peligro en concreto, sino que es suficiente la sola comisión de la conducta típica.

<sup>47</sup> Delitos de peligro en que este elemento es independiente de la conducta: art. 197 fracc. III (al que aporte recursos económicos o de cualquier especie o colabore de cualquier manera al financiamiento para la ejecución de algunos de los delitos a que se refiere este capítulo); fracc. IV (delitos contra la salud); al que realice actos de publicidad, propaganda, provocación general, proselitismo... para que otro consuma. En estos casos la situación estimada como de peligro está planteada también en la conducta, pero una conducta que es independiente de la conducta originalmente estimada también como peligrosa.

<sup>48</sup> Delitos de peligro en que el peligro califica al resultado: art. 198, cuando el delito contra la salud es cometido por un funcionario o algún otro sujeto activo propio de los señalados en el dispositivo, si la víctima fuera menor de 18 años, o estuviera incapacitado, y se cometiere el delito en centros educativos, asistencial o penitenciarios, la sanción se incrementa con una tercera parte (en este caso circunstancias a características del sujeto pasivo o a la acción, o al lugar, son consideradas como representativas de un mayor peligro, que genera el incremento en la punibilidad); art. 397 prevé un caso de delito de peligro en que la situación de peligro es independiente de la conducta y genera un incremento en la pena: “se impondrán de 5 a 10 años de prisión y multa de 100 a 5,000 pesos a los que causen incendio, inundación y explosión o daño o peligro de...”; art. 164 bis en que independientemente del resultado se califica la penalidad por participar en la pandilla, que es situación considerada peligrosa; art. 339, el abandono seguido de lesiones o muerte se presumen premeditadas.

<sup>49</sup> El art. 199 bis se refiere al delito de peligro de contagio venéreo, en el cual expresamente se indica en el tipo “el que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de...” la expresión “peligro” aparece señalada; el art. 34, relativo a la omisión de auxilio expresa “amenaza de un peligro cualquiera” y también señala “sin riesgo personal”, el art. 15, fracc. III se refiere al “peligro inminente”; el art. 15, fracc. IV, se refiere, al “peligro real, grave o inminente”.

<sup>50</sup> Delitos de peligro en que la expresión de “peligro” no se utiliza, pero éste apa-

Por otra parte, el peligro se constituye también en el contenido de otras figuras jurídicas con una función distinta, como ocurre en el caso de la tentativa;<sup>51</sup> o bien cuando se plantea como concepto a valorarse en las causas de justificación.<sup>52</sup>

En un nivel de lenguaje distinto, el concepto de peligro sirve también para los efectos de la concretación de la punibilidad por parte del juzgador, al momento de la imposición penal,<sup>53</sup> e incluso después es un concepto presente durante la ejecución.

En fin, el peligro, en tanto que previsto por el derecho, es también un concepto normativo que requiere de valoración, lo que no elimina su condición objetiva, y no supone un concepto prejurídico ya que su existencia surge concomitante con la del derecho que lo regula. Todo esto hace reiterar la dificultad de apreciarlo bajo una noción única, y de afirmar la necesidad de atender su valoración concreta en cada caso.

Para que pueda estimarse la existencia del peligro es indispensable

rece constituido en el precepto: art. 201, referente a la corrupción de menores expresa “se aplicará prisión de 6 meses a 5 años al que facilite o procure la corrupción de un menor de 18 años de edad”, para entender después como corrupción diversas alternativas que colocan en estado de peligro a cometer delitos o acciones antisociales a los menores; los casos de los delitos contra la salud señalados; el art. 335 abandono de niño incapaz o persona enferma teniendo la obligación de cuidarlos; art. 336 abandono de hijos o cónyuge sin recursos para atender sus necesidades.

51 La tentativa de delito, en tanto que se plantea como figura de extensión que no requiere la lesión, sino la sola puesta en peligro del bien, es evidente que contempla en su contenido también a este concepto.

52 Art. 334, no se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte; el art. 15, fracc. III, se refiere al “peligro inminente” como elemento para que se dé la causa de justificación de la legítima defensa; el art. 15, fracc. IV, relativo al estado de necesidad, refiere como elemento para que éste pueda darse, el concepto de “...peligro real, grave o inminente...” del bien jurídico protegido.

53 Los artículos 51 y 52 del Código Penal, independientemente de las instituciones procesales relativas a la función valorativa y al arbitrio del juzgador, que se actúan en relación con los intervalos de punibilidad planteados con referencia a cada uno de los tipos consignados en la ley penal, contemplan la función individualizadora y concretizadora de la pena por parte del órgano jurisdiccional, que supone la esencia misma del decir el Derecho y que implica una valoración completa acerca del caso concreto revisado a la luz de la ley, en la que obligadamente se debe atender también a la valoración del concepto “peligro”, cuando el mismo aparezca tácita o expresamente exigido.

Durante la ejecución, la función individualizadora de este nivel, a que se refiere tanto el Código Penal como la Legislación Ejecutiva, contempla también, en su contenido, la necesidad de atender al concepto de “peligro”, si bien desde un ángulo distinto y con una función que es también diferente, relacionada tanto con la función del sistema punitivo como parte de la reacción social del Estado, cuanto con respecto a la persona del sentenciado mismo, cuyo contenido, en realidad, forma parte también del contexto más amplio del anterior.

que la situación generada por la conducta del autor, pueda tener por consecuencia la lesión de un bien jurídico, de aquí que el juicio de peligro tenga siempre que ser emitido con posterioridad a la acción o hecho de que se trate, si bien, retrotrayendo el análisis al momento en que el mismo se hubiese manifestado. Esto plantea, como consecuencia, una relación estrecha entre la noción de peligro y el nexo de causalidad, porque para que exista peligro es necesario que se pueda afirmar la existencia de un cierto grado de posibilidad o probabilidad de lesión del bien, es decir, que exista siempre una factible relación causal. Es en este aspecto, sin embargo, donde se plantea uno de los mayores problemas para su definición, toda vez que si en el universo de los acontecimientos, regulados por la causalidad, que son los que norman a los delitos de lesión, ya esto es género de problemas de no fácil solución, para su concretación; en los delitos de peligro, ante la falta del curso causal pleno, esto no ocurre así y para configurar el juicio de peligro es necesario acudir a otros elementos que permitan definirlo.

La noción de peligro, en síntesis, atendiendo al conocimiento nomológico, debe estar basada en la probabilidad objetiva, la cual, para poder ser determinada, toda vez que no se cuenta con un saber omnisciente, es necesario recurrir a la experiencia adquirida por la observación regular de los fenómenos, de manera que, sobre la base de la experiencia de haber observado que determinadas condiciones o causas producen como efecto un resultado, sea posible predecir que dadas ciertas condiciones o causas, sea factible que pueda producirse un resultado similar. A su vez, el conocimiento ontológico, que en principio debe abarcar todas las circunstancias reales del fenómeno, lo que no puede ocurrir ante las limitaciones del conocimiento humano que sólo es capaz de comprender una parte de esa realidad, le lleva al concepto de la probabilidad.

El grado exigible de posibilidad o probabilidad de lesión ha sido discutido por la doctrina, intentando establecer las exigencias mínimas para poder reconocer la existencia del peligro.<sup>54</sup> Bassenge,<sup>55</sup> ante esta difi-

<sup>54</sup> Entendiendo que, como recuerda Gimbernart, al ocuparse de la causalidad en los delitos, cuanto más alto se fije el grado para que una circunstancia se convierta en adecuada al resultado, más difícil será que una condición llegue a ser adecuada (Gimbernart, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, p. 23, citado por Escrivá Gregori, *op. cit. supra*, nota 21, p. 77).

<sup>55</sup> El autor, en relación con el grado de posibilidad para que se dé el peligro, se refiere a: I. Posibilidad simplemente; II. Posibilidad próxima; III. Probabilidad, en el sentido de no más posibilidades a favor que en contra; IV. Probabilidad, en el sentido de más posibilidades a favor que en contra; V. Probabilidad sin punto de referencia;

cultad, e intentando superarla, señala ciertos puntos en relación con los grados de posibilidad de la acción para que se dé el peligro, y así expresa que: peligro es simplemente la posibilidad de lesión; se da cuando las posibilidades de producción sobrepasan a las que lo excluyen; se da cuando la exclusión de un resultado depende del azar; se da cuando una persona prudente y consciente del deber tomaría medidas precautorias, y toma como base de diferenciación del criterio del buen padre de familia.

Escriva Gregori expresa que quien debe determinar la existencia o inexistencia del peligro es el juzgador, razón por la cual es el juicio de éste el que importa y no el del autor que será relevante para otros efectos pero no para esto. Expresa que el juicio de peligro debe ser determinado sobre bases nomológicas y ontológicas. En relación con la primera, es necesario el conocimiento de las leyes de la naturaleza que resultan necesarias para determinar la existencia del peligro, y al respecto existen dos posturas, la que lleva a acudir a la experiencia del hombre medio, como modelo, y la que estima que debe acudirse a todo el conocimiento de la humanidad; las posturas que se refieren a la experiencia del hombre medio toman como punto de partida los conocimientos adquiridos por una persona con experiencia normal y no particularmente calificado en idea que aparece delimitada en lugar y tiempo, el criterio, sin embargo, ha sido criticado sea de exceso o por defecto, porque puede llegar a configurar situaciones de peligro respecto de personas cuyo conocimiento fuera inferior al conocido por el criterio del hombre medio, y, en sentido contrario, porque como se ha señalado, tampoco sería acertado el examen del hombre medio frente a individuos con conocimientos especiales, por esto Finger, propugnador inicial de la postura, con posterioridad se refiere al elemento de rectificación, consistente en tomar en cuenta el plus de conocimiento, cuando tal fuera necesario por el caso.<sup>56</sup>

Por otra parte, dentro del mismo conocimiento nomológico, se plantea también el criterio que afirma la necesidad de hacer acopio del

VI. Sería y fundada inquietud de que una persona razonable y conciente del deber tomaría precauciones; VII. Situación en que la no producción del resultado escape al cálculo y previsión humanas; VIII. Grado de posibilidad dependiente de la importancia del bien jurídico: a mayor valor del bien, menor será el grado de posibilidad de lesión.

<sup>56</sup> Los autores que siguen este orden de ideas son Finger que es seguido por Busch; también Antolisei se refiere a este orden de ideas. El criterio, en su caso, aparece rectificado por el excepcional conocimiento del autor.

conocimiento total de la humanidad, ni como total del hombre medio, sino como total de la experiencia lograda por la humanidad.<sup>57</sup>

En relación con el conocimiento ontológico, es decir, el relativo a las circunstancias concretas que deben ser tomadas en cuenta para el juicio de peligro, se han señalado básicamente como criterio los siguientes: los conocimientos de los hechos conocidos del autor; que se apoya en la idea de que son los hechos conocidos por aquél y que no sería justo afectar al autor por hechos que no conocía; el orden de ideas, sin embargo, encierra el riesgo de favorecer a quienes actúan con falta de atención, y además no parece concluir a un juicio válido de peligro ya que en todo caso manifiesta su preocupación por el conocimiento de los hechos del autor pero no se refiere a los hechos objetivamente considerados que pueden configurar el peligro en este último sentido.

En una postura distinta, se afirma que deben ser tomados como base, los hechos reconocibles por el hombre medio y de aquí que su conducta venga definida sobre la base del criterio del buen padre de familia. La misma orientación aparece rectificada por algunos seguidores, manifestando la necesidad de incorporar el conocimiento de expertos, cuando el del hombre medio pudiera resultar insuficiente. Y finalmente una última opinión señala que deben ser tomados en cuenta todos los sucesos accesibles al conocimiento humano en el momento del hecho, aunque se hayan puesto de relieve con posterioridad al momento del hecho.

En síntesis, parecería que el criterio más adecuado para la concreción del juicio de peligro es el nomológico, atendiendo al conocimiento de la humanidad, en relación con el conocimiento ontológico, también referida a todos los hechos accesibles que están referidos al momento en que se realiza la acción, así como en el momento en que se manifiesta la existencia de peligro. Así, aun cuando el juicio es realizado siempre en un momento posterior, debe referirse, en su valoración, al momento de la acción y del peligro que deberá ser juzgado *ex-ante*, si bien, como acertadamente observa Escrivá Gregori,<sup>58</sup> como ocurre también con respecto a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada,<sup>59</sup> en cuanto al conocimiento nomológico, cuando éste varíe entre el momento de la acción o la situación de peligro y el del enjuicia-

<sup>57</sup> Sigue este orden de ideas Engisch, Mezger, Schönke-Schröder y Escrivá Gregori. En el criterio, en su caso, aparece rectificado por el excepcional conocimiento del autor.

<sup>58</sup> *Op. cit. supra*, nota 21, p. 90.

<sup>59</sup> Gimbernat, *op. cit.*, pp. 34, 35 y 55. (Escrivá Gregori, p. 87).

miento, esto también debe ser tomado en cuenta, pues de no ser así se correría el riesgo de incurrir en error.<sup>60</sup>

#### LA TENTATIVA

La tentativa del delito es una figura jurídica que se presenta en el marco del *iter criminis*, a la que se refieren y se han referido los autores en las diferentes épocas. Ya la escuela clásica, desde sus primeros análisis sobre el delito, al hacer referencia a los elementos objetivo y subjetivo, la observó, señalando que la tentativa, desde el punto de vista subjetivo, es decir, del elemento subjetivo, es idéntica a la situación observada por quien ha llegado a la plena comisión de un delito, ya que no difiere y es la misma situación psicológica la que se presenta en este último caso, respecto de la manifestada en quien después de haber iniciado la situación de un intento criminoso no lo lleva a término por causas a él independientes. En ambos casos, e incluso en del solo pensamiento criminoso, y en el caso del delito imposible, parece darse una similar configuración subjetiva del sujeto, que no por ello es igualmente punible.<sup>61</sup>

En relación con la tentativa, Welzel la define como la concretación de la decisión de realizar un crimen o un delito a través de acciones.<sup>62</sup>

Maurach<sup>63</sup> recuerda que tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible por acciones que si bien representan un comienzo de la ejecución, no llegan a realizar el tipo prescrito; estima el propio autor que la tentativa representa una falta de tipo, donde si bien se conserva el tipo subjetivo, es manifiesto que está incompleto el objetivo, y recuerda, respecto al fundamento de la figura y a su delimitación, que éstos aparecen planteados en relación con el concepto de la peligrosidad.<sup>64</sup> Córdoba Roda, a su vez, refiriéndose

<sup>60</sup> Schröder plantea el caso del contergán o tolidamida, medicamento que producía deformaciones en los hijos y que al mismo tiempo de su introducción al mercado es incuestionable que eran nocivos estos efectos, aun cuando desconocidos; sin embargo, una vez que estos efectos fueron descubiertos no es posible afirmar que dichos medicamentos no fueran peligrosos en el momento de su venta y que mayor prueba de esto que la existencia misma de los hijos deformes; esto confirmaría la necesidad de tomar en cuenta el conocimiento posterior. (Schröder Horst, "Comunicación sobre los delitos de peligro", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núms. 1 y 2, 1º y 2º trimestres, 1969, p. 15).

<sup>61</sup> Ver Malo Camacho, Gustavo, *La tentativa de delito*, México, UNAM, 1971, p. 6.

<sup>62</sup> Welzel, *op. cit.*, *supra*, nota 17, 1956, pp. 13-18.

<sup>63</sup> Maurach, *op. cit. supra*, nota 16, 1962, p. 171.

<sup>64</sup> *Op. cit. supra*, nota 16, pp. 164 y 192

a la tentativa, apunta que dicha figura es piedra de toque en la comprobación de la teoría finalista.<sup>65</sup> Von Liszt define la tentativa como la manifestación de la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, y estima que la tentativa existe a partir de la tendencia hacia la manifestación de voluntad, que significa la presencia subjetiva del dolo del autor, pero al mismo tiempo, con la posibilidad objetiva de producción del resultado y por lo mismo, con el carácter peligroso de los actos.<sup>66</sup>

Olga Islas recuerda que la lesión del bien jurídico es el elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es el elemento del tipo de la tentativa.<sup>67</sup>

En síntesis, puede expresarse que la tentativa no es una fracción del delito consumado sino que es un ente jurídico autónomo<sup>68</sup> integrado por una norma perfecta, compuesta por su respectivo precepto y sanción específicos, donde la protección al bien jurídico aparece extendida con un contenido que consiste en la evitación del peligro de un resultado dañoso o lesivo.<sup>69</sup>

El análisis del *iter criminis* permite observar que en la realización del delito, como en la de una acción cualquiera, en primer término se conforma el aspecto subjetivo que al ser exteriorizado integrará el objetivo. En este sentido, dentro de la esfera de la subjetividad o psicológica, se manifestará primero la generación de la idea o ideación;

<sup>65</sup> Expresa Córdoba Roda que la figura de la tentativa es piedra de toque en la comprobación de la teoría finalista, la que sirve tanto en la construcción de la acción, en la valoración al dolo y en la conducta, como en la antijuridicidad. Respecto de la acción, aclara que acción y resultado no están unidos en su esencia, sino que el resultado típico es elemento del tipo, pero no de la acción, y si así fuera, esto significaría que la tentativa sería la nada jurídica penal. Al distinguirse la acción como tal, como manifestación de voluntad, la tentativa conserva, su carácter de acción; y con respecto al dolo permite afirmar la idea del dolo libre, sin haber sido aún valorado, e incluso la figura del dolo como elemento del tipo y no como elemento de culpabilidad. Por último, la tentativa supone en sí una acción antijurídica, lo que permite criticar a quienes contemplan a la antijuridicidad como producto de una cadena causal, cuyo punto de partida es el resultado, lo que evidentemente es equivocado. (Córdoba Roda, en nota contraria al libro de Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Córdoba Roda, 1962, p. 171).

<sup>66</sup> Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, t. III, 3ª edición, traducción de la 2ª edición alemana, Madrid, Editorial Reus, pp. 3 y 4.

<sup>67</sup> *Op. cit. supra*, nota 10, p. 57.

<sup>68</sup> Malo, Gustavo, *op. cit. supra*, nota 61, p. 8; Petrocelli, Biaggio, *Il Delitto tentato*, Padova, Italia, 1955, p. 12.

<sup>69</sup> *Cfr.* Malo, Gustavo, *op. cit. supra*, nota 61, pp. 8 y 9; Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, 5ª Edizione, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 353, 354 y 356; Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Parte General, 5ª edición, Bogotá, Editorial de Lucca, Edición Temis, distribuida por Palma Editores, Buenos Aires, 1956, p. 234; Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale*, Depalma, 1966, p. 472.

enseguida la deliberación en que habrán de actuar los móviles de la situación criminosa y los restrictores psicosociales de la voluntad; y finalmente habrá de operarse el momento de la resolución que tiene por consecuencia el inicio de la exteriorización de la voluntad. En este brevísimo análisis del proceso psicológico invariablemente habrán de presentarse los dos elementos a que se refiere la doctrina en relación con el estudio del dolo, el elemento cognoscitivo dado por la representación psicológica del evento, y el momento volitivo determinado por la voluntad de su realización.

En el ámbito de la exteriorización de la voluntad, se manifiestan básicamente los momentos de realización exteriorizada dados por los actos preparatorios y por los actos ejecutivos que habrán de llevar a la consumación del delito. Aquí, sin que exista uniformidad en torno al problema del inicio de la lesión del bien jurídico, a su vez estrechamente vinculado con la teoría de la causalidad, mayor dificultad se observa aún en la configuración del punto crítico de la tentativa, en que debe ser determinado el momento a partir de la cual ha de estimarse que existe la tentativa de delito punible.

En general, al respecto, se ha expresado que debe entenderse que son los actos ejecutivos los que han de ser punidos y los actos preparatorios los que deben ser considerados impunes; y como criterio definitorio acerca de éstos, dentro de las diferentes posturas, acaso la posición que mejor satisface o por mejor decir, que menos inconvenientes ofrece a las soluciones, consiste estimar como acto ejecutivo el que puede ser observado como inicio de la actividad típica, es decir, aquel que se identifica como núcleo del verbo típico que implica la lesión al bien jurídico.

En relación con la específica configuración de la tentativa en la legislación mexicana, que se refiere al concepto de los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, son válidas las observaciones críticas que en otra obra hemos ya formulado<sup>70</sup> y por lo mismo no se repiten aquí, limitándonos a expresar que la dificultad que existe en determinar lo que debe de entenderse por acto encaminado directa e inmediatamente a la realización del delito, y la ambigüedad semántica que implican cada uno de estos términos, con la consecuencia de hacer más difícil la concretación de la figura del delito tentado, obliga a reconocer la inconveniencia de dicho precepto que para ser precisado necesita recurrir a la clásica división de actos preparatorios y de actos

<sup>70</sup> *Op. cit. supra*, nota 61, capítulo iv.

ejecutivos, a la que ha tenido que acudir la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus interpretaciones.

Acercas del fundamento general de la tentativa, se señala que la protección ofrecida por el Estado a partir de la punibilidad a la lesión de bienes garantizados por el derecho, no resulta suficiente, ya que deja fuera de esa protección situaciones que son también de indudable interés para el Estado, en su necesidad teleológica de establecer y mantener el orden dentro del núcleo social en que se manifiesta; situaciones éstas que, sin suponer la lesión a los bienes jurídicos, implican en cambio conductas ejecutorias de un intento criminoso, que suponen en sí mismas una situación real de peligro, que no puede pasar desapercibido al derecho.

En síntesis, se observa que el fundamento de la tentativa es coincidente con el de los delitos de peligro, en virtud de que tanto en el caso de la primera cuanto en los últimos, la protección del derecho se manifiesta con una mayor extensión que en la de los tipos regulares que exigen la lesión. El bien jurídico protegido sigue siendo básicamente el mismo, cuanto ocurre es que el derecho no se limita a la garantía de su lesión, sino que impide también su puesta en peligro, y en este sentido, el concepto de peligro aparece como el contenido tanto de los delitos de peligro cuanto del delito tentado, y por ello, las consideraciones planteadas durante el desarrollo en torno a la noción del peligro, son igualmente válidas respecto a la figura de la tentativa.