

La anticipación de la tutela penal

Alvaro Villa Tapia
avilla@minpublico.cl

Resumen

El derecho penal se encuentra en conflicto con los principios liberales que lo informan, dado que en la actualidad se le exige una intervención mayor y más enérgica que pueda dar respuestas a los requerimientos de la sociedad del riesgo, esto ha llevado a la expansión del derecho penal, la cual comprende entre otras, la anticipación de la tutela penal, que abarca la incriminación de conductas que no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico protegido, como son los delitos de peligro abstracto.

Abstract

Criminal law has come into conflict with the liberal principles that inform it. This is due to the fact that there is currently a need for greater and more energetic types of intervention that respond to the needs of a society at risk. This has led to the expansion of criminal law to include figures such as anticipated legal protection which covers the incrimination of behaviors that do not lead to injury or place the protected legal good at risk, as is the case of crimes of abstract danger.

Palabras clave

Derecho penal liberal, sociedad del riesgo, bien jurídico, anticipación tutela penal, delitos de peligro abstracto.

Keywords

Liberal criminal law, society at risk, legal good, anticipated legal protection, crimes of abstract danger.

Introducción

En la actualidad el derecho penal pareciera permanecer alejado de los principios liberales que lo informan desde el siglo pasado debido a que hoy se encuentra inmerso en una sociedad que se ha definido como sociedades de riesgo, caracterizadas por un gran y veloz avance científico - tecnológico, por la presencia de sistemas automatizados de información y una prevaencia importante de los medios de comunicación, que deriva en la creación de conductas riesgosas que se desarrollan en diferentes ámbitos, tales como, el tráfico rodado, el medio ambiente, la industria nuclear, manejos de sustancia toxicas, la seguridad laboral, entre otros. Estos riesgos se deben principalmente a tres factores¹: en primer lugar, las decisiones que se adopten y que pueden afectar a un gran número de personas donde los afectados no quedan determinados por criterios espaciales, temporales o personales; en segundo, no es posible imputar conforme a las reglas de causalidad, culpabilidad y responsabilidad unido a la dificultad de anticipación; y por otra parte son asegurable, esto

¹ El concepto de Sociedad del Riesgo fue acuñado por el sociólogo Ulrich Beck, en su obra "La sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad".

sumado a una sensación (cada vez más creciente) de inseguridad por parte de la población, derivó en una transformación del derecho penal clásico a lo que se conoce como el derecho penal del riesgo.

A este derecho penal se le ha exigido respuestas frente a estos riesgos e inseguridades, lo que ha provocado una expansión del derecho penal que se ve reflejada en su intromisión en otras áreas sociales, en el incremento del punitivismo (aumento de gravedad de las penas) de los delitos clásicos, y en la creación de nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo donde la incriminación se ha extendido a fases previas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es decir, se ha producido una anticipación de la tutela penal, y en general, forman parte de ella los delitos de peligro abstracto, los delitos de tentativa y los actos preparatorios punibles.

El presente trabajo se centra en describir los denominados delitos de peligro abstracto, su concepto, características, señalando además las críticas por parte de la doctrina a su utilización y también aquellas opiniones que legitiman su uso.

1. Concepto del delito de peligro

Como se señaló, en la actualidad las sociedades se encuentran inmersas frente a diferentes riesgos que pueden ser atribuidos como un producto de la modernidad. A su vez, las personas manifiestan gran temor frente a estos peligros, tal como queda de manifiesto en las constantes y continuas encuestas de percepción ciudadana, no tan solo en Chile, sino que en el resto de Latinoamérica, temor que fundado o infundado -que más aún se ve acrecentado por los medios de comunicación social-, finalmente existe. Es así como hoy se suele considerar con fuerza el concepto de sociedad peligrosa o de conductas peligrosas. No obstante, cabe destacar que construcciones típicas como estas no son nuevas para el derecho penal; con anterioridad ya se estipulaban.

El legislador del último tiempo no ha quedado indiferente frente a estos riesgos e inseguridades y ha incorporado los delitos de peligro como una manera de proteger anticipadamente bienes jurídicos².

2. Clasificación de los delitos de peligro

Los delitos de peligro se clasifican en los siguientes conceptos:

2.1) De peligro abstracto

Son aquellos en los que “se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”³.

² La incorporación de estos delitos se viene acrecentado en los últimos décadas.

³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I: fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducido por LUZÓN, Peña, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, REMESAL DE VICENTE, Javier. Madrid: Civitas, 1997, 2º edición, p.407.

Por consiguiente lo que caracteriza a esta clase de delitos es que “en ellos el peligro no es un elemento típico, sino un mero motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de la peligrosidad general de la misma, demostrada estadísticamente”⁴. De esta manera este tipo de delitos constituye claramente anticipación a la tutela penal toda vez se adelanta la protección a momentos en que ni siquiera se logrará llevar a cabo el resultado lesivo, es decir se castiga una conducta que se encuentra desvinculada de un resultado el que además nunca se verificará.

2.2) Peligro concreto

Aquellos que a diferencia de los de peligro abstracto el tipo “requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro concreto es el resultado típico”⁵.

3. Tipos de conductas descritas en los delitos de peligro abstracto

Se puede apreciar desde una perspectiva ex ante que en los delitos de peligro se encuentran las siguientes descripciones de la conducta atendiendo al grado de peligro⁶:

- Aquellas que no son en absoluto peligrosas, por ejemplo las relativas a la penalización de conductas del ámbito administrativo.
- Aquellas que tienen una peligrosidad directa, por ejemplo la conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad o bajo sustancias sicotrópicas. Se incluye en esta categoría aquellas conductas que consideradas de forma aislada presente un bajo nivel de riesgo pero este se incrementa en la medida que se desarrolle reiteradamente la conducta de manera tal que esta puede generar la lesión del bien jurídico, a esto se le conoce como daño acumulativo y el ejemplo clásico corresponde a los delitos relativos al medio ambiente, donde la conducta consideradamente aislada, por ejemplo derrame en una oportunidad de ciertos tóxicos tiene una baja incidencia de afectar el ecosistema en su conjunto, pero si la conducta se sucede una tras otra, día a día, puede llegar a afectar en importancia.
- Aquellas que poseen una peligrosidad mediata, estas se refieren a las conductas que sólo son capaces de facilitar la realización de otra actividad delictiva, como por ejemplo los actos preparatorios y la tentativa de participación.

⁴ RODRIGUEZ, MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 281.

⁵ RODRIGUEZ, Delitos de peligro, p. 30.

⁶ FUENTES OSORIO, Juan. "Formas de anticipación de la tutela penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 08-08, 2006. [<http://www.criminet.ugr.es/recpc>, consultado el 19 de julio 2007]

4. Teorías acerca del delito de peligro

Para comprender de mejor manera el concepto de peligro que encierran estos delitos, se hace necesario revisar las dos teorías clásicas que se refieren al tema en cuestión.

4.1. Teoría subjetiva

Se origina a fines del siglo XIX y con gran influencia del positivismo, para esta teoría el peligro “sólo podía concebirse como una mera impresión psicológica (entendida como juicio de orden subjetivo, o como impresión subjetiva que parte del sujeto pasivo del hecho delictivo)”.⁷

Para los positivistas el peligro era una creación de la mente, puesto que la única realidad existente es el mundo físico y sus leyes, por lo que el peligro al carecer de entidad real, sólo puede ser la impresión del miedo o temor del sujeto pasivo.

La crítica principal que se le hace proviene por parte de Angioni quien señala que “los partidarios de las tesis subjetivistas consiguen atribuir al peligro un desvalor autónomo y propio, en detrimento, sin embargo, de la objetividad del desvalor”.⁸

4.2. Teoría objetiva

Para esta teoría el peligro tiene una entidad propia objetiva donde su existencia “no depende de la apreciación subjetiva de quien debe valorar esa situación sino que goza de autonomía ya que se trata de una entidad real, objetiva, que comporta la posibilidad o probabilidad del peligro de producción de un resultado”.⁹

En este contexto, el peligro está configurado por la probabilidad de producción, es decir, “podría denominarse peligroso un estado de cosas concebido en general, que representan una elevada probabilidad de producción de un resultado lesivo”.¹⁰

Aquí, la probabilidad juega un rol preponderante en los delitos de peligro concreto o abstracto, ya que en un caso puede comprender la alta posibilidad fáctica de lesión de un bien jurídico atendida la conducta desplegada, en cuyo caso el delito será considerado de peligro concreto, y en otro, donde la conducta desplegada puede originar una causa que desemboque en la lesión de un bien jurídico, en que la lesión resulta poco probable y además irrelevante, bastando sólo la realización de la conducta peligrosa, lo que conllevaría a un delito de peligro abstracto.

⁷ MENDEZ, RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993, p. 53.

⁸ ANGIONI. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 19. En: MENDEZ, RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993, p. 56.

⁹ MENDEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, p. 57.

¹⁰ RODRIGUEZ, *Delitos de peligro*, p. 30.

En general, ambas teorías no contribuyen en una elaboración uniforme del concepto, sino que sólo trasladan el juicio del peligro a dos momentos distintos; para la teoría subjetiva el juicio de peligrosidad se realizará ex ante de la realización de la conducta y en la objetiva dicha valoración se hará ex post. Sin perjuicio de ello la teoría objetiva se presenta como la mejor opción, puesto que no sólo pone el acento en la conducta desplegada sino que además contempla el resultado, permitiendo con ello que el juicio de peligrosidad no quede entregado enteramente a la impresión subjetiva del juzgador.

Respecto de las críticas -también recogidas de Angioni-, estas radican en que se trata “al peligro como una realidad existente por sí misma y con vida propia, desconociendo que en la realidad no existen peligros independientes, sino entidades reales, hechos, acciones, objetos, resultados peligrosos”.¹¹

4.3 Teorías que fundamentan al delito de peligro abstracto

Tal como se mencionó en la introducción del presente trabajo, ahondaremos en el concepto y teorías del delito de peligro abstracto anteriormente descrito. Para ello es necesario, acercarse a las teorías que se refieren en específico a este ilícito.

4.4.1. Teoría de la peligrosidad

De acuerdo a esta teoría el legislador mediante el delito de peligro abstracto lo que pretende es prohibir conductas generalmente peligrosas conforme a la experiencia, por lo tanto, el sentido de la prohibición no se dirige a la capacidad lesiva o efectivamente peligrosa de la conducta desplegada, sino que en cuanto “pertenece a una clase de acciones que, con frecuencia significativa producen lesiones de bienes jurídicos”¹².

Lo relevante en esta teoría es que el tipo se construye no desde el un punto de vista del daño al bien jurídico sino desde una relación estadística de probabilidades de determinadas acciones respecto de ciertos resultados lesivos.

4.4.2. Teoría de la peligrosidad abstracta

En ella se describen ciertas conductas consideradas peligrosas dado que poseen las condiciones mínimas suficientes para causar un daño. A diferencia de la teoría anterior, ésta no se sustenta en relaciones estadísticas, sino que utiliza un método inductivo donde al realizarse las condiciones mínimas capaces eventualmente de provocar daño, se infiere que dicho comportamiento es peligroso en abstracto.

El legislador establece por tanto, una “presunción de que todo comportamiento típico posee la relevancia lesiva típica, realiza el peligro abstracto, aún en el caso de absoluta no peligrosidad en concreto, y por ello suele hablarse de una presunción de peligro/peligrosidad iuris et de iure”.¹³

¹¹ ANGIONI. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 19. En: MENDEZ, RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complétense Madrid, 1993, p. 67.

¹² RODRIGUEZ, *Delitos de peligro*, p. 283.

¹³ RODRIGUEZ, *Delitos de peligro*, p. 286.

5. Principios del derecho penal liberal en los delitos de peligro abstracto

Corresponde entonces determinar si los principios fundantes del derecho penal, en especial, el principio de lesividad, se respetan en estos delitos

5.1 Acerca del bien jurídico y en especial del principio de lesividad

El derecho penal en el siglo pasado estableció dentro de su núcleo el principio de lesividad u ofensividad, que básicamente se traduce en que el derecho penal sólo protege bienes jurídicos previamente dados, siendo éste el presupuesto de la punibilidad. Esto implica que la imposición de la pena obedece a que la conducta que reprime sea lesiva o ponga en peligro bienes jurídicos importantes. De esta manera, no todas las conductas pueden ser susceptibles de ser castigadas o amenazadas con la imposición de la pena: desde luego sólo deben ser objeto de tutela aquellas conductas que afecten un interés social relevante, es decir aquellas que contengan una dañosidad social importante, excluyendo por consiguiente los hechos morales o las meras contravenciones.

No existe en la doctrina una definición integral del bien jurídico, sin embargo Roxin entrega un concepto que resulta comprensivo de lo que debe entenderse por éste: “aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el fundamento del propio sistema”.¹⁴ De esta manera la relación social es pues lo propio del ser social en una sociedad democrática, por eso el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social”.¹⁵ Al estar inmerso dentro de una realidad social los bienes jurídicos se caracterizan por ser eminentemente personales pues están ligados a la persona individualmente considerada, o, bien lo están al funcionamiento del sistema en cuanto este propende al desarrollo de la misma –persona-, de ahí que el bien jurídico se entienda como una “realidad valorada positivamente”.¹⁶ De esta manera sólo pueden ser “bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”.¹⁷

5.2 El bien jurídico protegido en los delitos de peligro y en especial del principio de lesividad u ofensividad.

En la determinación del injusto penal el bien jurídico juega un rol fundamental, ya que como se señaló, el derecho penal sólo protege bienes jurídicos, en este contexto el injusto

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. traducido por LUZÓN, Peña, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, REMESAL DE VICENTE, Javier. Madrid: Civitas, 1997, 2º edición, p.56.

¹⁵ BUSTOS, RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ariel, 1994, 4º Ed. aumentada y corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malareé, p. 112.

¹⁶ SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p.268.

¹⁷ SILVA, Aproximación, p.271.

se “presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”¹⁸, que tiene aparejado una sanción penal.

Los delitos de peligro abstracto no lesionan ni ponen en peligro al bien jurídico, dado que la conducta peligrosa descrita no es un elemento del tipo, sino que se trata sólo del motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de la peligrosidad general de la misma, demostrada estadísticamente.

En este ámbito se genera un problema con este tipo de delitos toda vez que a simple vista se aprecia que en ellos no se afecta ni se pone en peligro a un bien jurídico determinado, revelando su “contradicción con el principio de ofensividad o lesividad que exige la presencia de una verdadera antijuridicidad no sólo formal, sino material”¹⁹, es decir desvalor de acto y de resultado²⁰.

Hassemer ha criticado esta característica diciendo que el “derecho penal ha abandonado la cáscara liberal donde aún se trataba de un “mínimo ético”²¹, ahora la “norma combate “el peligro que amenaza al bien jurídico no como un peligro individual, sino como un elemento tipificado de una... peligrosa “gran perturbación”²².

6. El Bien jurídico colectivo

En la actualidad atendido “el proceso de la industrialización y tecnificación, las nuevas tecnologías medicas y comerciales de las sociedades actuales, han traído consigo nuevas relaciones y conflictos sociales de un espectro incomparablemente mayor”²³ se distingue (en términos generales) entre bienes jurídicos de naturaleza individual en los “que se garantiza a un concreto portador”²⁴, tales como la vida, libertad, patrimonio, salud personal, y los denominados bienes colectivos, universales o supraindividuales, que se refieren a los

¹⁸ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 91.

¹⁹ SANCHEZ, GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid: Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 39.

²⁰ Es precisamente esta capacidad la que critica Luis Gracia Martín, al señalar que “la capacidad *abstracta-general* de afectar la seguridad y, con ello, a remotos bienes jurídicos fundamentales, puede ser afirmada de *cualquier* conducta, por muy inocua que sea en el caso concreto. El tipo de peligro abstracto será entonces uno carente de límites, pues podrá estimarse comprendida en cualquier conducta con tal que muestre elementos de contrariedad al vago y abierto concepto de la “seguridad” o al “intereses general” de protección de bienes jurídicos”. GRACIA, MARTÍN, Luis. *Prolegómenos por la lucha*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, p.137, (comillas y cursivas son del autor).

²¹ HASSEMER, “Derecho”, P. 34, (comillas son del autor).

²² HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, traducido por Elena Larrauri. En *Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1991, p. 32, (comillas son del autor).

²³ MENDEZ, Los delitos de peligro, p. 31.

²⁴ KINDHAUSER, Urs Konrad. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico*, traducido por Fernando Molina Fernández, En: *Hacia un derecho penal económico Europeo*, Madrid: Serie de Derecho Público, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 445.

que “sirven al desarrollo libre de muchas personas”,²⁵ como la salud pública, el orden público económico, la correcta administración de justicia, entre otros.

De esta manera se le define a “*a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*”²⁶.

En la generalidad de los casos los bienes jurídicos colectivos se presentan en términos amplios y difusos, donde la víctima aparece lejana o derechamente no existe, esto es precisamente lo que se le critica por parte de la doctrina,²⁷ de esta forma Hassemer frente a la naturaleza de estos bienes ha señalado que “las leyes en el ámbito de nuestro derecho penal material (parte especial y leyes penales especiales) no tiene como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga”,²⁸ señala además que la creación de estos bienes sería una “criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del “bienestar” de los hombres “en un sentido somático” en vez de la protección de la vida y la salud de las personas”,²⁹ así, los delitos de peligro abstracto muchas veces son utilizados por los legisladores en la actualidad para darles protección penal.

Kindhäuser, sobre este punto y en particular respecto del derecho penal económico caracterizado principalmente por la tutela de bienes jurídicos colectivos, manifiesta respecto de la utilización de los delitos de peligro, que es totalmente “legítima cuando se trata de garantizar espacios de libertad de acción individual y cuando la seguridad que ha de brindarse a las condiciones de libre desarrollo de la personalidad entran claramente dentro de la competencia del estado”.³⁰

²⁵ KINDHAUSER, “Legitimidad”, p. 445.

²⁶ CARO, CORIA, Carlos. Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos. En: SILVA, Jesús, CARO, Carlos, PERCY, Cavero, MEINI, Iván, PASTOR, Nuria, PARMA, Carlos y REAÑO, José. *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara Editores, 2005, p.39. Cursivas del autor.

²⁷ El Código Penal Chileno dentro de los delitos que atentan contra el bien jurídico salud pública, se encuentran los artículos 313 d. inciso 1.º “El que fabricare o sabiendas expidiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menos cabo de sus propiedades curativas, será penado (...)”, y el artículo. 314. “El que a cualquier título, expidiere otras sustancias peligrosas para la salud (...) contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado (...)” Claramente la descripción en los tipos es ambigua con referente además a un bien jurídico colectivo.

²⁸ HASSEMER, “Derecho”, p. 32.

²⁹ HASSEMER, “Derecho”, p. 33

³⁰ KINDHAUSER, “Legitimidad”, p. 445.

Conclusiones

- La anticipación de la tutela penal obedece a una situación particular que está viviendo el derecho penal, y que consiste en la expansión del mismo a nuevas áreas sociales.
- Silva Sánchez³¹ grafica en tres puntos básicos esta expansión, y que son: la aparición de nuevas realidades, el deterioro de otras tradicionalmente abundantes y se traducen en la escasez de bienes y finalmente el aumento de valor de realidades tradicionales como por ejemplo patrimonio histórico-cultural.
- Esta expansión tiene como antecedente previo la aparición de una nueva sociedad denominada sociedad del riesgo, esta concepción fue utilizada principalmente por el sociólogo Ulrich Beck, para quien, estas sociedades se caracterizan por grandes avances tecnológicos que lleva a la creación de nuevos focos de riesgo, lo que se traduce en la necesidad de controlarlos, además presentan características bien definidas, tales como: las decisiones que se tomen en ellas pueden afectar a grandes colectividades de personas, la difícil imputación a un individuo en particular en cuanto al origen del riesgo, la atribución de responsabilidad del riesgo de acuerdo de acuerdo a las reglas actuales de causalidad e imputación objetiva, ello unido además a una sensación cada vez mayor de inseguridad por parte de las personas, ha llevado a la transformación no sólo de la sociedad sino también del derecho penal clásico de corte liberal, estando en presencia de un derecho, que “lejos de aspirar a conservar su carácter fragmentario, se ha convertido en un derecho penal expansivo”.³²
- En estas sociedades al abordar el tema de la inseguridad en vez de realizarlo desde el punto de vista del derecho de policía se hace desde el derecho penal, lo que trae como consecuencia que el comportamiento “que va a ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea

³¹ SILVA, SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p.25.

³² PRITTWITZ, Corneluis, "Sociedad de riesgo y derecho penal". Traducido por Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. En: Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo : el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Coordinado por: Adán Nieto Martín, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann. Castilla-La Mancha: Ediciones Universidad de Castilla de la Mancha, 2003, p. 261.

considerado como socialmente desvalorado”.³³ Así pareciera cobrar fuerza la denuncia que realiza el profesor Winfried Hassemer quien manifiesta que este derecho penal es simbólico ya que está “orientado a las consecuencias”,³⁴ donde lo relevante es “la imagen del legislador o del “empresario moral”³⁵

- Esta nueva realidad social y expansiva, lleva a exigir al derecho penal respuestas a esta nueva problemática, una de estas respuestas es la criminalización en el ámbito previo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.
- Esta anticipación tiene en los delitos de peligro abstracto una de sus formas más utilizadas por parte del legislador del riesgo.
- Claramente en estos delitos se aprecia la anticipación, dado que para que se encuentren en la etapa de consumación solo basta la realización de la conducta peligrosa descrita en ellos.
- La conducta peligrosa en este delito no forma parte del tipo, siendo sólo el motivo del legislador para su creación, la cual tiene su fundamento en una antecedente matemático o mejor dicho en una relación de estadísticas de probabilidades.
- El hecho que la conducta peligrosa descrita no forme parte del tipo plantea una serie de contradicciones con el núcleo de los principios del derecho penal liberal. Esto se manifiesta primero en la función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal, es decir con ellos se afecta lo que se conoce como el principio de lesividad, también se altera el principio de proporcionalidad, esto atendido que en la actualidad muchos de estos delitos se refieren a materias del derecho penal económico, administrativo, medio ambiental, entre otras, las que tienen gran impacto en estas sociedades del riesgo, y esto se ve reflejado en algunas ocasiones con penas desproporcionadas.
- Relacionado con el punto anterior estos delitos presentan en la generalidad de las ocasiones descripciones ambiguas y en otras descripciones amplias lo que ha llevado en algunas ocasiones a considerarlos el “bolsillo del sastre” al cual el legislador del riesgo echa mano cada vez con mayor frecuencia.
- Ante este escenario es necesario preguntarse si pueden mantenerse este tipo de ilícitos con las características ya indicadas o por el contrario debe propenderse a su no utilización y rechazo.

³³ PRITTWITZ, “Sociedad”, p. 262.

³⁴ HASSEMER, “Derecho”, p. 31.

³⁵ HASSEMER, “Derecho”, p. 35, (comillas son del autor).

- A este respecto el profesor Jesús María Silva Sánchez ha realizado una propuesta interesante que la denomina derecho de tres velocidades. La primera de ellas trata de un derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales³⁶. La segunda velocidad está dada por “un derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal en el que se impusieran penas más próximas a sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) flexibilizando los criterios de imputación y garantías político-criminales³⁷ y finalmente la tercera, centrará básicamente en el ámbito socio-económico y que se caracterizará por “la existencia de un derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas³⁸, claro que esta velocidad de reducirse al mínimo posible y sólo debe ser respecto de situaciones excepcionales como lo son por ejemplo el terrorismo y el narcotráfico con sus derivados.
- Finalmente creo que la utilización de los delitos de peligro en su modalidad abstracta es posible, primero porque el injusto penal no sólo es la lesión o menoscabo del bien jurídico sino que además su puesta en peligro, en ese sentido el peligro abstracto representa la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, en segundo término creo el derecho penal al ser un sistema, necesariamente debe acoplarse a los cambios y características de las sociedades modernas que crean bienes jurídicos colectivos a propósito de las conductas riesgosas desarrolladas en las mismas, entonces la utilización de esta clase delitos representa una mayor utilidad y eficiencia para la protección del bien jurídico, claro está, que en el uso de ellos, debe restringirse y en ello compartiendo la postura de la tercera velocidad en cuanto a que, debe ocuparse en situaciones excepcionales y además en su construcción debe velarse siempre por principios del derecho penal liberal, tales como, el de proporcionalidad, legalidad.

³⁶ SILVA, La expansión, p.163

³⁷ SILVA, La expansión, p. 160.

³⁸ SILVA, La expansión, p. 163.