

COMPATIBILIDAD ENTRE UN DERECHO PENAL MÍNIMO Y LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES COLECTIVOS

por Mirentxu Corcoy Bidasolo

(Catedrática Derecho Penal - Universidad de Barcelona)

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones sobre el llamado Derecho penal mínimo - 2. Delitos de peligro y protección penal de bienes jurídico-penales supraindividuales - 3. Legitimidad de la intervención penal en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales - 4. Límites subjetivos a la intervención penal en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales - 5. La atribución de responsabilidad personal en los delitos de peligro - 6. Lesividad e imputación del resultado - 7. Principio de fragmentariedad y legitimidad del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios en los delitos de peligro - 8. Conclusiones

1. Algunas consideraciones sobre el llamado Derecho penal mínimo

1.1. Los defensores del llamado Derecho penal mínimo discuten la legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales y, en particular, de penas privativas de libertad. Este es el punto de partida de la dicotomía que surge en la discusión dogmática penal actual, con posturas aparentemente irreconciliables. La cuestión se plantea, en última instancia, a partir de cuestiones de legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”. En lo esencial, aun cuando han surgido también posicionamientos intermedios, dichas posturas antagónicas se concretan, por un lado, en las tesis de quienes defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o *clásico*¹. En el reverso se encuentran las tesis que aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual –colectivo- está en

¹ En este sentido, las posturas más representativas serían las propuestas por, HASSEMER, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno" (trad. Elena Larrauri), ADPCP 1992, p. 235 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Ed. Civitas, Madrid 2001

un primer plano, siempre que se mantengan las garantías propias del Derecho penal, tesis que, en gran medida, son las que se adoptan en este trabajo².

1.2. Históricamente, desde fines del S. XIX y hasta el primer cuarto del S. XX, en la legislación penal alemana, junto al *StGB für das Deutsche Reich de 1871*, ha existido una extensa legislación penal accesorio. En esos momentos el concepto que se empleaba por la dogmática alemana no era el de *Nebenstrafrecht*, sino el de «leyes penales accesorias» (*strafrechtlichen Nebengesetze*), contraponiéndose así al Derecho penal del Código —y a algunas otras leyes penales— consideradas como *principales*. Tras la Primera Guerra Mundial, reclamada la necesidad de intervención del Estado en la vida social, surge en las legislaciones penales europeas —a reflujo de la alemana— un fenómeno de incriminación de conductas caracterizadas porque en la *conciencia de los particulares* se conciben como *neutrales*, al no existir, desde el punto de vista ético-valorativo, una clara conciencia de su antijuridicidad social. De este modo, cuando se analiza el contenido material de las distintas leyes penales, junto al Derecho penal nuclear, surge la idea de un Derecho penal accesorio, concebido como Derecho penal administrativo desde el momento en que se sanciona la violación de reglamentaciones administrativas que tienen una cierta trascendencia en el plano económico. De este modo, desde una perspectiva material, el concepto de «Derecho penal accesorio» puede utilizarse para aludir a los delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código penal o en leyes penales especiales, van referidos a un sector de actividad en el que ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas.

1.3. La doctrina alemana actual, unánimemente, sigue utilizando el criterio formal para aludir al Derecho penal accesorio. Así, se entiende por *Nebenstrafrecht* todos aquellos preceptos penales que están fuera del *StGB*, en leyes especiales, con independencia de su contenido. Por tanto, con el alcance que hoy posee el Derecho penal accesorio en Alemania o en España, no puede afirmarse que se corresponda únicamente con el Derecho penal económico, ni que se trate en todo caso de conductas ético-valorativamente neutras. A la par sí está justificado afirmar que es “accesorio” en cuanto alude a materias

² En este sentido, con diversos matices, se manifiestan, entre otros, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid 1997; GRACIA MARTÍN, “¿Qué es la modernización del Derecho Penal?”, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)”, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid 2002.

sobre las que existe una previa actuación normativa por parte de las respectivas autoridades administrativas.

1.4. En relación con estos dos contenidos o/y acepciones del Derecho penal se ha planteado la cuestión relativa a si la diferencia entre el Derecho penal nuclear y el Derecho penal accesorio es de tipo cualitativo o cuantitativo. La respuesta que se dé a esta pregunta no depende tan sólo de cuestiones de naturaleza sistemático-jurídica, sino que obedece también a otras de naturaleza político-jurídica, por cuando está conectado con decisiones políticas. Esto evidencia que el Derecho penal accesorio, en sentido material, tiene, junto a un significado de origen histórico, otro de corte ideológico que tiene que ver con consideraciones de política-criminal relativas al bien jurídico. Así, con la expresión *Derecho penal accesorio*, se quiere aludir a aquellos ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal.

1.5. Bajo la superficie de esta dialéctica conceptual laten otro tipo de tensiones. En efecto, el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídico-penales altamente personales protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio empieza a tomar como referente, como *ratio* de tutela, los bienes jurídico-penales supraindividuales o colectivos, utilizando, como recursos de técnica legislativa el delito de peligro y la ley penal en blanco. Es por ello que, junto a la constatación de déficit de legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro. Desde esta perspectiva la cuestión debe resolverse a partir de comprender el significado real del concepto "delito de peligro". Ello es así porque esta modalidad delictiva recibe esta denominación en atención a que, con la realización de la conducta típica, los bienes jurídico-penales individuales se ponen en peligro pero no se lesionan. En consecuencia, el punto de partida sería determinar si lo que se pretende proteger es el bien jurídico-penal individual o el bien jurídico-penal supraindividual³. Si lo que se protege es el bien jurídico-penal supraindividual, éste resulta efectivamente lesionado –afectado- con la

³ La expresión bien jurídico colectivo es utilizada por un amplio sector de la doctrina para referirse a estos bienes jurídicos. Vid., por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 94; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 193 ss., adopta esta denominación y se muestra contraria a la de bienes jurídicos supraindividuales por entender que significa "por encima" del individuo. Siendo, en parte cierto, no lo es menos que en un Estado democráticos, "el estar por encima" debe ser siempre al servicio del individuo. Por otra parte, la acepción de "colectivo", entendida como "perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos", parte de que los "colectivos" ostentan derechos *per se*, cuando, desde mi punto de vista, no son nada sin un referente individual. Es decir, en todo caso la protección penal ha de servir a las personas que forman parte de ese colectivo.

realización de la conducta típica, por lo que carece de sentido su denominación de “delitos de peligro”. Por el contrario, de entenderse que sólo es legítimo proteger bienes jurídicos individuales habría que afirmar que la técnica legislativa de los delitos de peligro no está legitimada, por cuanto, incumple el principio de lesividad⁴.

2. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales

2.1. Por consiguiente, la discusión se debe concretar en la legitimidad o ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídico-penales supraindividuales⁵. Cuestión que, a su vez, debe encuadrarse en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI y de las consecuentes nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de los miembros de esta sociedad que, aun cuando no se conciba como “sociedad del riesgo”⁶, al menos hay que calificarla como “sociedad compleja”. En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen interacciones interpersonales anónimas crecientes, se tienen que cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Junto a bienes altamente personales, como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de «nuevos riesgos» que tienen su origen en la complejidad estructural de esta sociedad. En la actualidad, puede afirmarse que los ciudadanos, en general, no se cuestionan la necesidad de represión penal de los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico, por enumerar algunos ejemplos.

⁴ De entender que en estos delitos sólo se protegen mediatamente bienes jurídicos individuales, estoy por completo de acuerdo en la ausencia de lesividad derivada de su concepción como infracciones formales. Cfr. FRISCH, "An den Grenzen des Strafrechts", en *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 91; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a. Main 1989, p. 164 y 230 ss.; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 87.

⁵ No cabe entrar en este trabajo en el desarrollo del concepto de bien jurídico. De entre las múltiples definiciones que se han propuesto, en este contexto, es adecuada la de DIEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la democracia* nº 30, 1997, p. 10 ss, quien entiende que "El concepto de bien jurídico es un instrumento técnico-jurídico, entre otros posibles, a cuyo través se pretenden sintetizar los presupuestos esenciales de la convivencia y configurar descripciones precisas de conductas lesivas". Así mismo, y precisamente por la discusión existente sobre la legitimidad de la protección de estos bienes jurídicos, creo especialmente relevante la propuesta de MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *lus puniendi*", en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela 1989-90, p. 205 ss; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona 2004, p. 129, en el sentido de que no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, puesto que debe delimitarse a través de los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario, adoptando el concepto de bien jurídico-penal.

⁶ ESTEVE PARDO, *Técnica riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Bosch, Barcelona 1999.

2.2. Frente a esta percepción se alzan voces, entre las que destacan las que provienen de la denominada Escuela de Frankfurt, a cuya cabeza se encuentra HASSEMER, que entienden que en estas circunstancias el Derecho penal deviene *soft law*: El Derecho Penal —dicen— se ha convertido en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos⁷: de esta manera el Derecho penal deviene *simbólico*. Tras estas críticas, HASSEMER plantea soluciones concretas: la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo – *Kernstrafrecht*; pero asumiendo que, en tanto que el Derecho penal no puede renunciar en la actualidad a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse su funcionalización, en atención a bienes jurídicos individuales, y describirlos del modo más preciso posible. En definitiva, su propuesta pasa, en todo caso, por la protección de bienes jurídico-individuales de forma directa o de forma indirecta, cuando se protejan los colectivos (o universales en su propia terminología), en tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual. De ser de otro modo el Derecho penal simbólico se corresponderá con «la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño».

2.3. Desde estas posturas la caracterización de la protección de bienes jurídicos supraindividuales como Derecho penal simbólico pone en entredicho la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos. Se parte de negar su eficacia, en base a la poca aplicación judicial de determinados tipos delictivos o/y a la aplicación en supuestos que, en comparación con otros de la misma naturaleza que no son perseguidos, deberían clasificarse como “delitos bagatela”. Esta aseveración debe ponerse en cuestión, por cuanto, la inaplicación o la incorrecta aplicación del Derecho, y, en concreto, en estos casos del Derecho penal, no se debe a la naturaleza de estos delitos sino a la falta de voluntad política de perseguir realmente estas conductas, dotando de medios adecuados a las instancias encargadas de ello⁸. No se acaba de comprender el por qué estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del Derecho administrativo y mercantil, cuando en la aplicación de estos derechos se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el Derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales que posibilitan desenmascarar situaciones en las que las formalidades del Derecho mercantil o administrativo han sido utilizadas para delinquir.

⁷ HASSEMER, ADPCP 1992, p. 235 s.

⁸ Cfr. SOTO NAVARRO, *La protección penal* (cit.), p. 175, adopta este criterio afirmando, correctamente, que: "Los esfuerzos deben centrarse más bien en indagar las causas del bajo nivel de persecución y de condena, a fin de aportar nuevas soluciones".

2.4. Tampoco pueden admitirse sin más las críticas que, desde las posturas que defienden el Derecho penal mínimo, se vierten en el sentido de que una intervención efectiva del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos comporta una merma de las garantías inherentes al Estado de Derecho, por la "inseguridad" jurídica que entraña su persecución⁹. La situación puede afirmarse que es exactamente la contraria, puesto que, desde esas posiciones se propugna, como solución a la pretendida dialéctica entre garantismo y eficacia, la creación de un modelo de «Derecho de la intervención» que "esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estaría dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos"¹⁰. En una línea diferenciada, SILVA SÁNCHEZ¹¹, propone un Derecho penal de "dos velocidades", en el que la primera se correspondería con el Derecho Penal nuclear y se mantendrían todas las garantías, mientras que en la segunda las garantías podrían relajarse y en contraprestación no estarían previstas penas privativas de libertad. A estas dos "clases" de Derecho penal habría que añadir una tercera, el llamado "Derecho penal del enemigo"¹², en cuyo caso no sólo se disminuyen las garantías sino que éstas desaparecen al entender que las personas a las que se les aplica este Derecho penal no son ciudadanos y, por consiguiente, no son titulares de derechos.

2.5. Puede advertirse fácilmente que, como se señalaba al inicio del apartado, y como veremos mas adelante, estas propuestas promueven, a través de un cambio de etiquetas, la existencia de tres clases de Derecho penal. Tres modalidades que, desde una perspectiva criminológica, se corresponden con tres "clases" de ciudadanos, de primera, de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que la doctrina considera que no deben incluirse en el Derecho penal nuclear son conductas que sólo pueden ser cometidas por quiénes tienen poder y/o dinero. Sólo los ciudadanos con capacidad económica y/o en situación de poder, pueden cometer delitos fiscales, delitos societarios,

⁹ Niegan la legitimidad de la protección de los bienes jurídicos supraindividuales, entre otros, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heilderberg 1990, p. 34 ss.; SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid 2000, p. 43 ss; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal* (cit.), p. 80 ss. y 478 ss.

¹⁰ Cfr. HASSEMER, ADPCP 1992, p. 235 s.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (cit), p. 159 s.

delitos contra el medio ambiente, delitos de corrupción... Criterio común, entre quienes defienden estas tesis, es que para estos delitos no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad, cuando es precisamente en estos casos cuando la única sanción que tiene eficacia preventiva es ésta.

2.5. Por consiguiente, para resolver la cuestión del "aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal", proponemos aquí una "tercera vía"¹³, sin que ello obedezca a una concepción del Derecho penal puramente funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídico-penalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales". La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad. Sin "retro-referencia a intereses individuales" sólo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata –en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios¹⁴–, ni inmediata con los bienes jurídico-penales individuales. Los bienes jurídico-penales supraindividuales son autónomos pero ello no excluye que, en cuanto "intereses predominantes en la sociedad", sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, aquéllos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman.

2.6. La legitimidad de la intervención penal no debe decidirse exclusivamente a partir de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, sino que también debe atenderse al principio de fragmentariedad, en cuanto sólo deberán castigarse las conductas especialmente graves en relación con cualquier bien jurídico-penal¹⁵ y, en consecuencia, la delimitación entre las conductas típicamente-relevante y aquellas que sólo pueden calificarse como ilícito civil o mercantil, debe hacerse también respecto de bienes jurídico-penales individuales tan "clásicos" como pueden ser la intimidad, el honor o la propiedad.

¹² Este término ha sido acuñado por JAKOBS y es analizado por PRITWITZ, "Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?", en *La Política Criminal en Europa* (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, dirs; Gómez Martín, coord.), Ed. Atelier, Barcelona 2004, p 107 s.

¹³ En la línea propuesta por STRATENWERTH, "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts", ZStW (105) 1993

¹⁴ Cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada 1997, passim

¹⁵ Sobre el significado del principio de subsidiariedad y fragmentariedad, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal* (cit.), p. 126 s.; SOTO NAVARRO, *La protección penal* (cit.), p. 170 ss., en relación con la problemática concreta de la legitimidad de la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos.

No deja de sorprender que un amplio sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española, al mismo tiempo que defienden un "Derecho penal nuclear", en el que se excluye de la intervención penal los riesgos que a los ciudadanos le parecen más graves, como son la mayoría de los mencionados como "nuevos riesgos" –seguridad en tráfico, seguridad en el trabajo, medio ambiente, delincuencia fiscal...-, no plantean discusión alguna acerca de si cualquier hurto, por insignificante que éste sea, debe seguir recibiendo protección penal, por enunciar únicamente un ejemplo. Ello es así porque los autores que tan críticamente han llamado la atención sobre la instrumentalización del "nuevo" Derecho penal con fines políticos, o los que afirman que éste infringe los límites del Derecho penal liberal...¹⁶, no se han manifestado de igual forma frente a la actual tendencia político-criminal de incriminar cada vez más el llamado Derecho penal "clásico" sin respeto alguno del principio de igualdad y proporcionalidad¹⁷. Al respecto es necesario poner de relieve que hoy día no puede fundamentarse la ilegitimidad de la intervención en los nuevos ámbitos en base a que en la *conciencia de los particulares* estos riesgos- medio ambiente, tráfico, trabajo, consumo....- se conciben como "neutrales desde el punto de vista ético-valorativo", ni que no exista "una clara conciencia de antijuridicidad social", ni que tengan una "valoración ético-social neutra"¹⁸. Estas afirmaciones podían ser válidas en el S. XIX, e, incluso, en gran parte del S. XX, pero no en las últimas décadas del S. XX y menos aun en los albores de este S. XXI. Por consiguiente, la cuestión de la legitimidad de la intervención penal determina la necesidad de una constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra intereses patrimoniales, del derecho penal medioambiental o de delitos contra la Administración pública y de justicia¹⁹.

¹⁶ Claro ejemplo de estas críticas al "nuevo" Derecho Penal, SANTANA VEGA, *La protección penal* (cit.), passim; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal* (cit.), passim.

¹⁷ Claro ejemplo de la grave situación que se está suscitando, en esta dirección, lo encontramos, entre otras modificaciones del Código Penal de 1995, por las recientes LO 7/2003, 11/2003, 15/2003 y 1/2004, que vulneran gravemente estos derechos.

¹⁸ Cfr. MIR PUIG, "Sobre el principio de intervención mínima en la reforma penal", en *El Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona 1994, p. 154 ss., entiende que sólo los ataques sentidos por la colectividad como contrarios a intereses fundamentales para la vida social pueden conminarse con pena.

¹⁹ Cfr. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal* (cit.), p. 479, pone de manifiesto que entre estos delitos se encuentran algunas tan asentadas en todos los ordenamientos jurídicos como el cohecho, la prevaricación..., afirmando que "no debe ocultar que también se incluyen en este grupo algunas figuras "tradicionales" como el falso testimonio o el cohecho".

2.7. Desde esta perspectiva, como anunciábamos, la denominación “delitos de peligro” puede aceptarse sólo en tanto en cuanto es un término asentado en el Derecho penal y que permite, a su vez, distinguir entre delitos de peligro abstracto y concreto. Ello es así porque sólo se les puede calificar como “delitos de peligro” si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamiento de la barrera protección, en terminología clásica, respecto de la vida, la salud o la propiedad. Desde la postura aquí defendida sólo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probarse su lesión. Para algunos la falta de lesividad de estas modalidades delictivas proviene de que son “delitos de acumulación”, por cuanto sólo representan un peligro relevante, en cuanto idóneos para lesionar, cuando se repiten²⁰. Pienso que esta afirmación es discutible o, al menos, podemos aseverar que para la destrucción del bien jurídico, excepto en caso del homicidio, también es necesaria la repetición de conductas de esa clase. ¿Siempre que se lesiona a una persona ésta pierde la salud? ¿a quién le estafan, le roban..., en general, pierde su patrimonio? ¿a quién se le descubren determinados aspectos de su vida íntima le “desaparece” la intimidad?... Lo que sucede es que, excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico-penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, no implica su destrucción sino su afectación²¹. Por ello sólo me queda preguntar ¿no es legítimo perseguir penalmente la corrupción?. No olvidemos que delitos tan "clásicos" y tan "modernos" como los delitos contra la Administración pública y de justicia son "delitos de acumulación" y protegen bienes jurídico-penales supraindividuales.

3. Legitimidad de la intervención penal en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales

3.1. La configuración de nuestra sociedad como “sociedad del riesgo” también es puesta en entredicho por quienes niegan la legitimidad de la intervención penal para la protección de los llamados sectores de riesgo, como pueden ser la seguridad de los

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (cit), p. 131 s.

²¹ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro* (cit.); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir (cit).

trabajadores, seguridad en el consumo, el medio ambiente...²². En esta dirección se ha afirmado que se trata de un riesgo "subjetivo", por cuanto cada vez se vive más años y en mejores condiciones y que, en consecuencia, ese "presunto" riesgo es sólo un "peligro subjetivo", en cuanto se percibe así por el ciudadano medio o así se lo hace sentir los medios de comunicación²³. Al respecto es necesario señalar que "riesgo" es un "peligro" que se puede y debe evaluar, en cuanto se puede y debe conocer, y que, en consecuencia, se puede y debe controlar. Por ello, estaremos de acuerdo en que los factores que caracterizan la sociedad actual como "sociedad del riesgo" no se basan en la existencia de un mayor peligro objetivo, en cuanto esperanzas de vida y salud, sino en que han cambiado, esencialmente, dos circunstancias. En el pasado: 1º) Los peligros que existían y existen, se preveían-conocían en abstracto pero no se podían prever ni conocer, en concreto; 2º) En la medida en que se conocían, difícilmente se podían controlar. En la actualidad: 1º) Muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos; 2º) Hay peligros que esas determinadas personas pueden controlar, pero no el ciudadano de a pie. Esos "peligros" que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos, desde una perspectiva penal "riesgo" y estos "riesgos" son los que se puede exigir que sean controlados por quiénes, en las concretas circunstancias, estén obligados a ello y, en el caso de que, concurriendo el riesgo, incumplan gravemente ese deber de controlar, el Derecho penal estará legitimado para intervenir.

3.2. A efectos penales, por consiguiente, el peligro objetivo sólo tiene relevancia penal cuando puede ser calificado como riesgo. Es decir, el peligro, en cuanto riesgo con relevancia penal, no tiene una naturaleza causal-naturalística sino normativa. A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la situación de riesgo -grado de peligro normativo penalmente relevante- y el juicio de peligro. Dicho peligro normativo se concibe como "probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal", debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la

²² Curiosamente en la actualidad ya no se discute la intervención penal en la protección de la seguridad en el tráfico. Y digo "curiosamente" porque es el único sector de riesgo en el que para ser "autor" no se necesita una especial capacidad económica ni social, por cuanto "cualquiera" tiene acceso hoy día a conducir un vehículo.

²³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 I y II", *La Ley* 1997, t. 3; EL MISMO, "Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo", en *La Política Criminal en Europa* (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, dirs, Gómez Martín, coord.), p 121 s. En sentido similar, MENDOZA BUERGO, *El derecho penal* (cit).

incriminación de esa conducta. Desde una perspectiva científica, el peligro se concibe como la capacidad intrínseca de una circunstancia, sustancia o agente para provocar efectos adversos, mientras que riesgo es la probabilidad de que ese efecto adverso ocurra. El riesgo, concebido como probabilidad de lesión, puede ser evaluado si se conocen las circunstancias concurrentes y su constatación, cuando se trata de un riesgo jurídico-penalmente relevante, legitima la intervención penal.

3.3. En la valoración de dicha probabilidad, se han de tomar en consideración variables tales como la entidad del bien jurídico-penalmente protegido o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión. A resultas de todo ello, para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto –evaluación del riesgo- atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación, y ello conjuntamente con la posibilidad de evitación de control del riesgo por el autor. El peligro, concebido como una situación con capacidad intrínseca de lesionar, opera como límite a la actuación incriminadora del legislador. La tipificación de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal.

3.3. El peligro no es el único límite normativo respecto de lo que puede calificarse como riesgo típico, sino que en ello será determinante la idea de utilidad. El riesgo permitido está íntimamente relacionado con la utilidad social de la conducta, aspecto esencial a la hora de establecer una frontera entre los riesgos permitidos y los jurídico-penalmente relevantes. Ello no implica una concepción del Derecho penal estrictamente utilitarista, por cuanto, la utilidad del riesgo no servirá para excluir su relevancia penal cuando ese riesgo pueda ser evitado o controlado con un coste que pueda asumirse. En este sentido, adquieren una especial relevancia los avances tecnológicos, por cuanto un riesgo dejará de ser permitido cuando existan medios no excepcionales para controlarlo. Es indudable que en este planteamiento subsiste un importante componente valorativo, por cuanto, será necesario decidir sobre la excepcionalidad o normalidad del medio necesario para controlar un determinado riesgo. En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una posterior valoración, al cumplimiento o

incumplimiento de una norma extra-penal²⁴. Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso. Es decir, desde una perspectiva penal, en el caso concreto, hay que constatar la concurrencia del riesgo, implícito en el peligro abstracto que el legislador ha incriminado.

3.4. Desde una perspectiva de técnica legislativa el tipo objetivo de los delitos de peligro debe estar determinado atendiendo al principio de taxatividad, como aspecto esencial del respecto del principio de legalidad. No deben incriminarse tipos abiertos, ni actos preparatorios equiparados a la consumación o formas de participación a la autoría. Así mismo, en los ámbitos en los que, junto a la protección penal, interviene el derecho administrativo, laboral, mercantil..., es conveniente, sino necesaria, la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco. La constitucionalidad de las leyes penales en blanco es doctrina unánime del Tribunal Constitucional y entre los requisitos exigidos es de señalar el de la conveniencia por razón de la materia²⁵. Y ello concurre en la mayoría de los ámbitos en los que existen delitos de peligro por dos razones. En primer lugar, por el hecho de que se trata de ámbitos que evolucionan tanto desde una perspectiva científico-técnica como sociológica. Ello es así porque los avances tecnológicos o científicos determinan cambios en la consideración de un riesgo como permitido y/o la aparición de nuevos riesgos, desconocidos previamente o que surgen precisamente como consecuencia de esos avances. En segundo lugar, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, la existencia de una doble o triple intervención por parte de diferentes áreas del derecho hace imprescindible esta técnica en aras a su armonización y al respeto a los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad.

3.5. La exigencia de armonización, junto a la necesaria autonomía del Derecho penal, determina que la taxatividad excluya las presunciones de relevancia jurídico-penal de una conducta en base a la infracción de unas determinadas normas extra-penales, sin

²⁴ Sobre la distinción entre deber de cuidado y regla técnica, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F Buenos Aires 2005.

²⁵ SSTC 122/1987 y 127/1990, establecen, como requisitos para la legalidad de la ley penal en blanco, que el reenvío normativo sea expreso, la conducta calificada como delictiva suficientemente precisada y esté justificada la remisión en razón del bien jurídico protegido. Atendiendo al último requisito "en razón del bien jurídico protegido", en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, respecto de conductas técnicas y con mayor complejidad, y con regulación en otros sectores del ordenamiento, está técnica legislativa aparece como la más adecuada.

ulteriores consideraciones relativas a la lesividad del supuesto concreto²⁶. Ello es así porque en Derecho penal no es suficiente la existencia *ex ante* de un peligro en abstracto sino que es imprescindible probar, en el caso concreto, la concurrencia de un riesgo cuya evaluación constata la afectación del bien jurídico-penal protegido en ese delito. La legitimidad de los delitos de peligro queda en entredicho con la interpretación que un sector de la jurisprudencia lleva a efecto, calificándolos de delitos de peligro hipotético o presunto²⁷. Detrás de esta idea subyace la aceptación de la clásica concepción de los delitos de peligro como "adelantamiento de la barrera de protección respecto de la vida y la salud". La solución, por el contrario, pasa por admitir la autonomía de los bienes jurídicos colectivos protegidos en estos delitos, manteniendo las garantías propias del Derecho penal. Posturas divergentes que tienen también consecuencias cuando, junto al delito de peligro, se produce un resultado de lesión imputable a la misma conducta²⁸. En estos casos, de concebir los delitos de peligro como adelantamiento de las barreras de protección, estaríamos frente a un concurso de leyes, mientras que si se defiende su autonomía se trataría de un concurso ideal, entre el delito de peligro doloso y el de homicidio o lesiones por imprudencia²⁹.

3.6. La conversión de los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro hipotético o presunto infringe el principio de lesividad o antijuridicidad material e impide diferenciar entre infracciones administrativas y penales. Esta postura implica, por lo demás, concebir la "vigencia de la norma" como finalidad del Derecho penal³⁰. Detrás de estas consideraciones subyace la idea de que los bienes jurídico-penales supraindividuales, al no tener un objeto material como sustrato, no pueden ser dañados³¹. Esta postura no

²⁶ Sobre la ilegitimidad de la incriminación de conductas sólo "formalmente contrarias a la norma", vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung* (cit.), p. 164

²⁷ Cfr., entre otras, SSTS 1252/2004, 2 noviembre y 388/2003, 1 abril.

²⁸ En este sentido, STS 1464/2005, 17 noviembre, casa la sentencia de la Audiencia que absorbía el delito de resultado por el de peligro, afirmando que el delito de peligro, en determinadas ocasiones, puede resultar absorbido por el de resultado, pero no al revés.

²⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta progresivamente esta postura a partir de las SSTS 14 julio 1999 y 12 noviembre de 1998; Cfr. CORCOY BIDASOLO, "Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos y seguridad de los trabajadores", en *Derecho Penal Económico* (Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón) CDJ 2003, p. 87-127; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, "Protección penal de los accidentes laborales. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) 2 de septiembre de 2003)", PJ nº 71, p. 39-67.

³⁰ En este sentido se manifiesta expresamente la STS 154/2004, 13 febrero, en relación con un caso de tráfico de drogas de una cantidad mínima, afirmando: "*Como lo viene señalando la doctrina moderna «el bien jurídico del derecho penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede contar con consideración respecto de los bienes jurídicos, de las funciones sociales [roles] y la paz jurídica»*".

³¹ Cfr. STS 154/2005, 13 febrero.

advierde que sí existe un objeto del delito, a partir del cuál es factible valorar si el bien jurídico ha sido afectado. La necesaria diferenciación entre las infracciones administrativas y penales, obliga a probar en el caso concreto que *ex post* el bien jurídico-penal ha resultado afectado³². Entiendo que no es posible fundamentar un injusto penal en el mero incumplimiento de una normativa administrativa, ni tan siquiera en la realización de la conducta típica que no suponga un riesgo para el bien jurídico-penal protegido, en el caso concreto³³. En este sentido, la distinción entre “peligro” –*Hazard*- y “riesgo” –*Risk*- puede servirnos en la interpretación de los delitos de peligro. El *peligro (Hazard)* se concibe como “*capacidad intrínseca de una sustancia o de una conducta para provocar efectos adversos*” y el *riesgo (Risk)* es la “*probabilidad de que, en el caso concreto, ese efecto adverso ocurra*”. Si nos trasladamos al Derecho, los peligros se prevén en abstracto y están en el origen de las normas administrativas, y sólo cuando se considera político-criminalmente útil y necesario deberían tipificarse como delitos. Ya en el ámbito del Derecho penal no debería caber la abstracción, en sentido estricto, es decir, una valoración de los hechos estrictamente *ex ante* que lleva a presunciones sobre lo “hipotético”. Ello es así porque el riesgo efectivo sólo se puede conocer en concreto y requiere una comprobación *ex post* de lo efectivamente sucedido para poder valorar, con cierta seguridad jurídica, en que medida se afecta el bien jurídico protegido³⁴.

3.7. Concebir los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales como delitos de peligro presunto o hipotético invalida la línea jurisprudencial que niega la infracción del principio *non bis in idem* cuando previamente al proceso penal se haya impuesto una

³² En este sentido, STC 24/2004, FJ. 8, en relación con un recurso de inconstitucionalidad del art. 563 CP, y en relación con el concepto de “armas prohibidas”, establece que para la constitucionalidad del precepto se requiere, junto a que se determine lo que es arma prohibida por Reglamento y no por Orden Ministerial, que el arma, en el caso concreto, tenga potencialidad lesiva para afectar el bien jurídico protegido, la seguridad ciudadana. En el mismo sentido, STC 111/1999.

³³ Concepciones de esta naturaleza, incluido la consideración como delitos de peligro hipotético o presunto, y argumentos en el sentido de que en estos delitos hay que relajar las garantías, justifican las críticas de un amplio sector de la doctrina a la “expansión del Derecho penal”, en general, y a los delitos de peligro, en particular. Entre otros, FERRAJOLI, “El Derecho penal mínimo”, en Poder y Control nº 0, 1986, p. 35 ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos”, PJ (48) 1997, p. 289 ss; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (cit.).

³⁴ En este sentido, entre otras, STS 1207/2004, 11 octubre, establece que “la sanción administrativa impuesta no lo ha sido por hechos que afecten a la salud pública, bien jurídico protegido por el delito enjuiciado, sino por infracciones administrativas relacionadas con la comercialización de un medicamento registrado”. Resolución dictada conforme a los criterios establecidos en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 29 mayo de 2003.

sanción administrativa³⁵. Es decir, en la línea de la STC 2/2003, el fundamento jurídico de la sanción administrativa sí que es exclusivamente la infracción de la norma, mientras que la comisión de un delito requiere que *ex post* se pruebe la afectación del bien jurídico-penal protegido. Así mismo los hechos que fundamentan la sanción en ambos casos tampoco son idénticos. En el primer caso -infracción administrativa- se valora exclusivamente la conducta *ex ante*, mientras que en el segundo -delito- es necesario valorar las consecuencias de esa conducta -resultado *ex post*-. Resultado aun cuando no sea un "resultado" separado espacio-temporalmente de la conducta. En consecuencia, es esencial diferenciar entre bien jurídico-penal y objeto del delito y entre resultado en sentido jurídico -afectación/lesión del bien jurídico-penal- y resultado en sentido material -afectación/lesión del objeto del delito³⁶. Es decir, comprobar *ex post*, en el caso concreto, que el peligro *ex ante* -*Hazard*- se ha transformado en riesgo -*Risk*-. Riesgo en cuanto afecta/lesiona el bien jurídico-penal protegido, respetando así el principio de lesividad³⁷. Se trata, por consiguiente, de valorar *ex post* la nocividad/toxicidad/lesividad del objeto del delito -resultado en sentido material-. Ello permite, a su vez, determinar a qué conducta es imputable la nocividad/lesividad del objeto y valorar la afectación del bien jurídico protegido en el caso concreto. De esta forma en los delitos de peligro abstracto no se produce una "relajación de las garantías" contraria a los principios esenciales del Derecho penal en un Estado de Derecho.

4. Límites subjetivos a la intervención penal en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales

³⁵ Precisamente la STC 197/1999, considera que se infringe el principio *non bis in idem*, al afirmar que existe identidad de hechos y fundamento jurídico entre la infracción de normativa medioambiental (en concreto, la Ley de Aguas) y el delito medioambiental, art. 325 CP. Críticamente sobre esta resolución, CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, "Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal", AP nº 8, 2000. Cambiando el anterior criterio, la STC 2/2003 FJ 3, niega la infracción del *non bis in idem*, en un supuesto de circulación, por no existir identidad de hechos ni de fundamento jurídico.

³⁶ Así, por ejemplo, STC 24/2004 (Pleno), entiende que en los delitos de tenencia ilícita de armas no es suficiente que se trate de un "arma prohibida" sino que además se requiere que: "posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador". En sentido similar, STS 271/2006, 8 marzo, en relación con los delitos de tráfico de drogas en los supuestos de pequeñas cantidades de las que se desconoce el principio activo

³⁷ Los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005, establecen que: "lo determinante para la atipicidad de una conducta no es la insignificancia de la sustancia objeto del tráfico, criterio que si bien ha sido empleado en alguna sentencia de esta Sala, debe ser sustituido por el de lesividad de la sustancia objeto de tráfico, es decir, la toxicidad de lo transmitido". El argumento para esta limitación lo encontramos en la STS 271/2006, 8 marzo, que entiende que: "la falta de

4.1. Como venimos señalando, el peligro, en cuanto es un concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar la atribución de relevancia penal a un determinado riesgo. Una de las metas es encontrar un concepto de riesgo propio del Derecho penal, que trascienda su ámbito de operatividad a los tradicionales delitos de resultado de lesión (imputación objetiva, tentativa, justificación, error...). En este contexto la idea de exigibilidad es esencial ya que, en tanto en cuanto en Derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, sólo tendrán relevancia penal los riesgos dolosos o imprudentes. Consecuentemente, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el Derecho penal serán aquéllos que el sujeto, en cuyo ámbito de dominio se encuentran, conocía o debía conocer. Por ello, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por el producto, no sería legítimo considerar jurídico-penalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en Derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos³⁸. Tenemos, por tanto, un límite subjetivo infranqueable respecto de los riesgos que pueden considerarse como jurídico-penalmente relevantes, puesto que un posicionamiento diferente supondría infringir el principio esencial de responsabilidad subjetiva, vigente en nuestro Derecho penal (en este sentido, expresamente artículos 5 y 10 del Código Penal).

4.2. Una vez delimitados, por abajo, qué riesgos pueden ser relevantes desde la perspectiva penal, esto es sólo aquéllos cognoscibles cuando el sujeto realiza la conducta, esto es desde una perspectiva *ex ante*, habrá que establecer si sólo pueden ser riesgos jurídico-penalmente relevantes aquéllos conocidos por el sujeto que crea el riesgo, o que tiene el deber de controlarlo, o si también pueden serlo los que no eran conocidos por el sujeto pero que, en atención a las circunstancias concurrentes *ex ante*, tenía el deber de conocer. En otras palabras si sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor –dolosos- o si también pueden serlo los cognoscibles –imprudentes-

determinación de la sustancia tóxica, cuando se trate de cantidades ínfimas, impide conocer si lo transmitido es una sustancia tóxica susceptible de poner en peligro el bien jurídico protegido con el tipo penal”.

³⁸ Ello explica que la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” (transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985), no exonere de responsabilidad al fabricante, importador o distribuidor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, aun cuando la existencia del riesgo no fuera apreciable en el momento de la puesta en circulación, en base al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento.

4.3. Desde la posición en esta sede defendida, el dolo en los delitos de peligro no puede tener un contenido diferente al propio de los llamados delitos de lesión y, por consiguiente, requiere seguir adelante con la conducta típica -querer- con conocimiento del concreto riesgo creado, o no controlado inherente a ella³⁹. La situación es diferente para quienes niegan la autonomía de los delitos de peligro, puesto que respecto de los bienes jurídico-penales individuales sí que se trata de un dolo de peligro, en un sentido análogo al que se suscita en los delitos de peligro concreto⁴⁰. En estos sí cabe hablar de dolo de peligro puesto que, respecto del resultado de peligro, el conocimiento recae sobre la probabilidad de producción⁴¹. Por consiguiente, el sujeto debe advertir la existencia de un objeto -una persona, cuando el resultado de peligro es para la vida o la salud- y que existe la probabilidad de que resulte lesionado como consecuencia de su conducta. Si el sujeto conoce esa probabilidad de lesión y no puede confiar en que no se produzca la lesión ya no estaríamos frente a un dolo de peligro sino de lesión respecto del bien jurídico-penal individual y, por consiguiente, frente a un delito doloso de homicidio, lesiones...⁴².

4.4. Para la concreción del contenido del dolo es necesario delimitar sobre qué aspectos debe recaer el conocimiento del riesgo y cuál es el grado de conocimiento exigible para que podamos afirmar la existencia de dolo. Desde la perspectiva penal, el nivel de conocimiento exigible no es un conocimiento científico y exacto del por qué se pueden producir unos determinados resultados lesivos, ni tan siquiera es necesario que se conozcan qué consecuencias son previsibles con exactitud. El conocimiento que se requiere se enmarca en la esfera del profano, es decir, es suficiente conocer el riesgo inherente a la conducta. Se debe conocer la peligrosidad en abstracto y las medidas a adoptar para controlar ese riesgo, que pueden ser tanto introducir medidas de seguridad como, sencillamente, no llevar a efecto esa actividad, respecto de la que no se tiene la suficiente capacidad para controlar debidamente los riesgos inherentes.

³⁹ La identidad entre el dolo de lesión y el dolo de peligro es doctrina mayoritaria en Alemania, por todos, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln 1983, p. 297 ss; KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, ZStW (96) 1984, p. 23; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín 1981, p. 210 ss

⁴⁰ Sobre el dolo de peligro, vid., entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 238-296; BAIGÚN, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 25 ss.

⁴¹ Cfr. Ampliamente, sobre el alcance del dolo en los delitos de peligro concreto, RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro* (cit.), p. 161-165.

⁴² Vid. *Infra* 6, sobre las soluciones concursales que pueden suscitarse entre el delito de peligro y de lesión.

4.5. Afirmada la legitimidad de los delitos de peligro dolosos, queda dar respuesta a si también pueden tener relevancia jurídico-penal los imprudentes. Es decir, aquellos en los que el sujeto que crea el riesgo, o que tiene el deber de controlarlo, lo desconoce, pero que, atendiendo a las concretas circunstancias, debería conocerlo. Pregunta que lleva implícita la respuesta sobre la legitimidad o no de la incriminación de conductas imprudentes en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Respuesta que no es fácil porque, desde una perspectiva garantista y sobre todo atendiendo al principio de fragmentariedad, ésta sería negativa, es decir, sólo deberían incriminarse las conductas dolosas⁴³. Por el contrario, desde una perspectiva político-criminal que atienda a la eficacia y utilidad del Derecho penal, así como a finalidades preventivas y de protección de bienes jurídicos, podría ser conveniente incriminar también las imprudentes, aun cuando se limiten a los supuestos de imprudencia grave. La cuestión es especialmente compleja porque en los ámbitos en los que se producen los riesgos aquí examinados, en general, la regulación penal concurre con otra administrativa, laboral, mercantil..., siendo necesaria su delimitación, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Por consiguiente, la no incriminación de delitos de peligro por imprudencia facilita la diferenciación cualitativa entre ilícitos penales y extra-penales y, por otra parte, la posibilidad de sancionar lo hechos desde otra área del ordenamiento jurídico excluye la existencia de lagunas de punibilidad.

5. La atribución de responsabilidad personal en los delitos de peligro

5.1. La existencia de un riesgo, incluso de un riesgo que se haya calificado como no permitido o jurídico-penalmente relevante, no es suficiente para poder atribuir responsabilidad penal a una o varias personas. Junto al límite subjetivo, al que se hizo referencia⁴⁴, derivado del principio de responsabilidad subjetiva, se encuentra el límite derivado del principio de responsabilidad personal. Este límite supone que la atribución de responsabilidad penal, en concepto de autor o partícipe, requiere que la persona a quien se le atribuya tuviera el dominio funcional del riesgo calificado previamente como jurídico-penalmente relevante. Esta atribución de responsabilidad no puede fundamentarse exclusivamente en el *rol* que formalmente tenía esa persona sino en las competencias que materialmente había asumido.

⁴³ CORCOY BIDASOLO, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (cit)

⁴⁴ *Supra* 4

5.2. Desde la perspectiva material que se propone, para la atribución de responsabilidad penal son relevantes los aspectos subjetivos, a los que nos referíamos en el apartado anterior, porque la responsabilidad penal a título doloso sólo podrá atribuirse a quién conocía los riesgos, aun cuando lo fuera en la esfera del profano y a título imprudente sólo a quién, por su concreta situación, tenía el deber jurídico-penal de haberlos conocidos. La cuestión se traslada a la determinación de cuándo podemos decir que una persona tiene el deber de conocer unos determinados riesgos, es decir, al límite subjetivo que se planteaba. La exigibilidad del conocimiento -congnoscibilidad- es, por consiguiente, un límite a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título imprudente⁴⁵. En la imprudencia confluyen el deber subjetivo de cuidado -cognoscibilidad- y el deber de control, que podríamos equiparar a un deber de garante fundamentador de la autoría, en cuanto determina la competencia o dominio sobre el hecho.

5.3. El criterio de exigibilidad sirve así mismo en la atribución de responsabilidad penal. En este ámbito adquiere una especial importancia en relación con la posibilidad de exigir responsabilidad penal a otros partícipes distintos de quién(es), individual ó conjuntamente, tienen la competencia y dominio sobre el riesgo. En otras palabras ¿el dominio y competencia de un(os) sujeto(s) sobre el control del riesgo excluye siempre la responsabilidad de quienes tienen una competencia subordinada? ¿sucede lo mismo cuando quién tiene la competencia subordinada, por la situación jerárquica, tiene al mismo tiempo la competencia concreta sobre ese riesgo y por ende un mayor conocimiento sobre la naturaleza, alcance, eficacia... del riesgo?. En este punto el criterio de la exigibilidad es determinante, por cuanto, la respuesta a la pregunta anterior pasa por decidir cuándo una persona que, a nivel de empresa está subordinada jerárquicamente a otra, está obligada a controlar un riesgo. En principio, un primer límite lo tendremos en la posibilidad de actuar en relación con el control de ese riesgo, es decir, en atención a la idea de evitabilidad. Pero ¿qué sucede cuando la única posibilidad de control es denunciar la situación, primero ante los superiores y luego ante los órganos administrativos o judiciales competentes? ¿es exigible esta conducta que puede suponer un despido?.

6. Lesividad e imputación del resultado

6.1. Hasta aquí el juicio de peligro, en cuanto atribución de relevancia jurídico-penal a un riesgo, se concibe como un juicio aplicativo que lleva a cabo el espectador objetivo situado

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (cit)

ex ante, retrotrayéndose al momento de realización de la conducta enjuiciada, que debe determinar las circunstancias a tomar en consideración en el juicio sobre el peligro con criterios dogmáticos y político-criminales. Se propone en el presente trabajo diferenciar entre un «juicio objetivo de peligro» y un «juicio subjetivo de peligro»: mientras que el primero tiene validez general respecto de un caso concreto, en el juicio subjetivo -como juicio de imputación- se deben tomar en consideración los conocimientos personales del autor sobre la situación de peligro objeto del juicio objetivo. La principal consecuencia que se deriva de esta delimitación tiene trascendencia en el tipo subjetivo: si el conocimiento que tiene el autor sobre la peligrosidad de su conducta no coincide con el peligro objetivo idóneo, nos encontraremos ante una situación de error de tipo, a tratar conforme a los criterios generales.

6.2. Junto a ese juicio de atribución *ex ante* debe concurrir un juicio de imputación *ex post*, en este caso estrictamente objetivo, en el que se valora la lesividad de esa conducta en atención al bien jurídico-penal protegido. Ello es así porque la lesividad es el fundamento de la antijuridicidad material y su concurrencia no puede limitarse a los delitos de resultado. Es necesario diferenciar entre resultado material, que sólo concurre en los mencionados delitos, y el resultado en sentido jurídico -lesividad- que debe concurrir siempre y que se concibe como afectación *ex post* del bien jurídico-penal protegido, ya sea individual o supraindividual. En consecuencia, *ex post* se deberá probar que la concreta conducta, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que se conocieron *ex post*, ha afectado efectivamente el bien jurídico. El concepto “afectar” abarca la referencia tradicional tanto a la “lesión” como a la “puesta en peligro”.

6.3. Cuestión diferente es la que se suscita en los delitos de peligro concreto en los que sí se requiere un resultado en relación con un bien jurídico-penal individual, aun cuando se trate de un resultado de peligro. En estos casos es necesario probar que ese peligro *ex post* es imputable a la conducta típica. La concurrencia de la puesta en peligro concreto de la vida o integridad física plantea varias cuestiones dogmáticas y político-criminales: a) debe determinarse cuándo jurídico-penalmente se considera que se ha puesto en concreto peligro la vida o integridad física de las personas que participan en el tráfico viario; b) determinada la existencia del peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, debemos valorar si ese resultado es o no imputable a la conducta típica. Al respecto existen posturas divergentes. Para unos siempre que se pruebe una o varias personas han estado expuestas a la conducta peligrosa es imputable el resultado de peligro. Otra perspectiva parte de diferenciar los supuestos en los que la lesión se evita por la conducta

de la "víctima" o de terceros de aquéllos en los que quien crea el riesgo evita la producción de un resultado de lesión. Desde este posicionamiento sólo en el primer caso se podría imputar el resultado de peligro.

7. Principio de fragmentariedad y legitimidad del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios en los delitos de peligro

7.1. Hay que partir de que la existencia de lesividad en la tentativa de los delitos contra bienes jurídico-penales individuales implica que en estos delitos, junto a la protección del bien jurídico-penal individual, se protege la seguridad y confianza de los ciudadanos en la indemnidad y respeto de los intereses individuales, como medio de hacer efectivo el derecho fundamental al libre desarrollo de la libertad. La protección de la seguridad y confianza en la indemnidad y respeto de ese bien jurídico implica que, aun cuando *ex post* no se haya lesionado el bien jurídico individual, cuando se trate de una tentativa no absolutamente inidónea⁴⁶, se habrá lesionado esa seguridad y confianza en el respeto del bien jurídico-penal individual que requiere la sociedad, en tanto bien jurídico-penal supraindividual que se protege en ese delito junto al individual. Al concebir el objeto de protección propio de los bienes jurídico-penales supraindividuales, con un referente individual, como protección de la seguridad y confianza de los ciudadanos en que no se supere el ámbito del riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o como protección de esa misma seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de determinadas instituciones que han de estar a su servicio, determina que se deba de negar la sancionabilidad de la tentativa en estos delitos. Y ello es así, porque, atendiendo al contenido de lesividad propio de la tentativa, la tentativa en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales supondría la lesión de la seguridad y confianza de los ciudadanos en que no se lesione la seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de distintos ámbitos de actividad, lo que implica un adelantamiento de las barreras de protección inadmisibles, de acuerdo con los principios de necesidad y merecimiento de pena, en los que están comprendidos los de subsidiariedad y *ultima ratio*. Como se ha remarcado la legitimidad de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales no afecta a estos principios político-criminales siempre que se dote de contenido propio a estos bienes jurídicos, negando su legitimidad cuando se conciben como delitos de mera desobediencia, en los que no rigen los criterios

generales de imputación y restricción del tipo. Se ha tratado de poner de manifiesto que utilizando los conceptos y estructuras propios de la teoría del delito, en todo caso, con alguna particularidad que permita restringir en mayor medida estos tipos, por la posible indeterminación que en algunos de ellos pueda existir, todas las objeciones vertidas respecto de estos delitos resultan infundadas. La impunidad de la tentativa a la que se llega, aplicando los conceptos y estructuras propuestos en este trabajo, es una prueba evidente de que con esta concepción de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales no se infringe ningún principio del Derecho penal, ni supone una mayor incriminación.

7.2. Por otra parte, la impunidad de la tentativa en los tipos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales en ningún caso se puede considerar una laguna de punibilidad puesto que, desde una perspectiva político-criminal, en estos delitos la necesidad de pena en los supuestos de tentativa es nula. Las razones de ellos son diferentes según las modalidades delictivas. Por un lado, la mayoría de delitos contra la Administración pública, de Justicia, de falsedades, de tráfico de drogas..., están tipificados de tal forma que se hace difícil imaginar supuestos intermedios, entre lo que serían actos preparatorios y la consumación. En el supuesto de que, efectivamente, existan lagunas de punibilidad por cuanto determinada conducta no esté tipificada y, sin embargo, suponga una afectación grave del bien jurídico-penal, la solución no es castigar por tentativa sino examinar si realmente, desde una perspectiva político-criminal, es necesario incriminar también esa conducta⁴⁷. En otros delitos, en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales sí son factibles formas de imperfecta ejecución, pero respecto de ellas no existe necesidad ni merecimiento de pena, especialmente, en todos aquellos supuestos en los que existe una duplicidad sancionatoria, por lo que, en su caso, esas presuntas tentativas, podrían ser sancionadas como ilícitos administrativos, civiles o laborales. No

⁴⁶ Equiparando la tentativa irreal y la absolutamente inidónea, que se entiende han de quedar impunes, por faltar la apariencia objetiva de peligro *ex ante*; cfr. BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad...*, p. 117; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal* (cit.), p. 128 ss

⁴⁷ Cfr. STS 11 de mayo de 1994, en relación con delito de cohecho del art. 390. CP. 1973, en el que la conducta típica era "admitir", entiende que la solicitud de dádiva por parte del funcionario por la realización de un acto no prohibido o por consideración a su cargo, considera que se trata de un delito frustrado de cohecho porque existe una afectación decisiva del bien jurídico, esta argumentación es errónea, por cuanto, al solicitar la dádiva no se realiza, ni en todo ni en parte, la conducta típica de admitir, y cuando en la sentencia se fundamenta la punición como frustración en el hecho de que existe afectación del bien jurídico, no se justifica la existencia de tentativa que requiere inicio de la ejecución del tipo, que no concurre, y, aun cuando, esta afectación es cierta, ello supone una laguna de punibilidad que no puede ser subsanada a través de la tentativa. Que realmente, en este caso, sí existía esta laguna parece haber sido asumido por el legislador de

obstante, de *lege lata* es posible castigar la tentativa de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, puesto que el Código Penal de 1995 sigue con el sistema de incriminación abierta de la tentativa, aun cuando en relación con la imprudencia y los actos preparatorios sí que haya optado por una incriminación cerrada.

7.3. Situación análoga se suscita en relación con el castigo de actos preparatorios de delitos de peligro. Al respecto se suscitan dos grupos de casos: a) Actos preparatorios como delitos autónomos de peligro; b) Actos preparatorios genéricos respecto de delitos de peligro.

a) Actos preparatorios tipificados como delitos autónomos de peligro. En el Código Penal de 1995, existen bastantes preceptos encontramos bastantes supuestos, p. ej. la tenencia de útiles, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos destinados a la falsificación, art. 400. CP., aun cuando se han eliminado otros, p. ej. la tenencia de útiles para el robo, art. 509 CP 1973⁴⁸. La legitimidad de la tipificación de actos preparatorios como delitos autónomos de "peligro" dependerá de que realmente exista un bien jurídico-penal merecedor de protección penal. La doctrina en relación con preceptos de esta clase, tradicionalmente, se dividía entre quiénes los concebían como actos preparatorios⁴⁹, y los que los entendían como delitos de peligro abstracto⁵⁰. La interpretación de estos delitos como actos preparatorios, llevaba como consecuencia su concepción como delitos de sospecha en los que no era necesario ni probar que efectivamente se fueran a utilizar con la finalidad de cometer robos o falsedades, siendo suficiente su posesión sin poder probar su origen⁵¹. Tipificar actos preparatorios suponen castigar comportamientos que hacen previsible la comisión de un delito, del que ni tan siquiera se ha iniciado su ejecución y que puede que ni tan siquiera haya sido planeado y respecto de ese delito "previsible" es posible que el autor de ese comportamiento previo ni tan siquiera vaya a participar. Por consiguiente, como actos preparatorios, en sentido

1995 que, en el art. 425. CP., que se correspondería con el anterior art. 390. CP 1973, introduce la solicitud, junto a la admisión, como conducta típica.

⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", PJ (28) 1992, p. 25 ss., parte de este precepto para analizar la legitimidad del adelantamiento de la barrera de protección en relación con el principio de ofensividad.

⁴⁹ Que sería la doctrina prácticamente mayoritaria, por todos, CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho Penal de R. Maurach*, vol. II, Barcelona 1962, p. 171.

⁵⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. II, 2ª ed., Madrid 1977, p. 349 ss.

⁵¹ STC 105/1989, declara la inconstitucionalidad de esta interpretación del precepto de tenencia de útiles para el robo por suponer una inversión de la carga de la prueba que infringía el art. 24. 2. CE., de presunción de inocencia.

estricto, incumplirían el principio de lesividad, estando sólo legitimados cuando constituyan un "delito de peligro" en el sentido aquí propuesto. Lo importante, por tanto, es que ese comportamiento cree una situación de peligro, por si mismo, sin consideraciones sobre los "previsibles" delitos, es decir, el castigo de comportamientos de esta clase sólo estará legitimado cuando impliquen una actividad peligrosa que supera ampliamente los niveles de riesgo permitido.

b) Actos preparatorios genéricos, conspiración, proposición y provocación (art. 17. y 18. 1. CP.), previstos respecto de delitos de peligro. En el Código Penal de 1995 llama la atención que, habiéndose regulado los actos preparatorios como sistema cerrado y habiéndose suprimido algunos actos preparatorios específicos existentes en relación con bienes jurídicos individuales, como el de tenencia de útiles para el robo, subsistan actos preparatorios específicos respecto de delitos de peligro abstracto, p. ej. en el tráfico de drogas y las falsedades, y se tipifiquen, expresamente, los actos preparatorios genéricos de conspiración, proposición y provocación en delitos de peligro abstracto, como el propio tráfico de drogas o la receptación⁵². Sin entrar en la legitimidad, con carácter general, de la sancionabilidad de los actos preparatorios, como formas previas de codelincuencia en el hecho consumado, los mismos razonamientos que se plantearon, respecto de la tentativa de delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, son reproducibles para los actos preparatorios. En concreto, en el tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes, independientemente, de la falta de legitimidad por la lejanía de la lesión del bien jurídico, atendiendo a las modalidades típicas previstas en el tipo básico, favorecer, facilitar y, especialmente, "promover", para los jueces va a resultar un jeroglífico decidir si se está frente a un acto preparatorio o frente a la consumación del delito. En el tráfico de drogas, en base a las conductas típicas previstas, no sólo no hay pasos intermedios entre los actos preparatorios y la consumación, como sucede en muchos delitos de peligro abstracto, sino que ni tan siquiera hay diferencias entre los actos preparatorios y la consumación. Llegando al máximo la infracción de los principios esenciales del Derecho penal cuando, estando previstos, como formas de comisión típica autónoma, actos preparatorios -tenencia de materiales para la elaboración-, y castigarse los actos preparatorios respecto

⁵² En sentido crítico, a la regulación de los actos preparatorios punibles en el CP 1995, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal* (cit.), p. 149 ss., considerando que es mejor el sistema alemán de castigar determinados actos preparatorios con carácter general para los delitos más graves, en lugar de la "selección" que ha realizado el legislador de 1995.

de todos los tipos de tráfico de drogas, se pretende castigar los actos preparatorios de actos preparatorios⁵³.

8. Conclusiones

8.1. En definitiva, en el contexto de la denominada «sociedad del riesgo», no puede dudarse del afianzamiento de este «nuevo» Derecho penal, pese a las críticas referidas. Este ámbito del Derecho penal, lejos de una pretendida instrumentalización de control formal, persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este "nuevo" Derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post-industrial. Esta evolución científica, tecnológica, socio-económica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales y, por último, al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un “delito de peligro” sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad.

8.2. Las críticas a la falta de efectividad y a la poca o nula aplicación judicial, siendo en alguna medida ciertas, no sirven para deslegitimar la intervención penal frente a estos riesgos. Ello es así por diversas razones, en primer lugar, en relación con la eficacia, porque no puede negarse que la intervención penal en ámbitos tan distintos como el tributario o el medio ambiente ha sido eficaz, lo que no excluye que pudiera serlo más y, sobre todo, mejor. Mejor porque es cierto que en estos delitos no siempre se están castigando penalmente las conductas más graves, lo que no es algo exclusivo de estos delitos pero que en ellos es especialmente criticable. Sin embargo, desde una perspectiva de prevención general negativa, su eficacia es innegable, por cuanto, mientras un “empresario” (abarcando con este término a los administradores, gerentes consejeros...) puede minimizar cualquier sanción, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto o/y repercutirla en el producto, es más difícil que asuman personalmente un proceso penal, cuanto más una condena.

⁵³ JOSHI JUBERT, *Sobre el concepto de "organización" en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP 1995, p. 658.

8.3. Así mismo, tampoco puede menospreciarse su eficacia desde una perspectiva de prevención general positiva, por cuanto, su criticada naturaleza de Derecho penal simbólico sirve como reconocimiento de la importancia de los bienes protegidos. Siendo cierto que un precepto penal que sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse, no lo es menos que el significado simbólico es positivo cuando confluye con otras funciones. En ese supuesto la protección penal sirve al reconocimiento social de la importancia de ese concreto bien jurídico y con ello se produce una mayor sintonía entre las valoraciones sociales y las jurídicas. Por consiguiente, la función simbólica que tienen algunos de estos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no sólo no es criticable sino que es necesaria, siempre y cuando ésta no sea la única función que cumplan.

8.4. Respecto de la mayor o menor eficacia, atendiendo a la nula o cuasi nula aplicación judicial, no pueden olvidarse dos factores esenciales al respecto. Primero que para la aplicación judicial de un nuevo delito no es suficiente con la creación de un nuevo precepto en el Código Penal, sino que son necesarios medios que permitan una investigación correcta de los hechos, en este sentido estaría la creación de Fiscalías anticorrupción o, actualmente, de Fiscalía en materia de seguridad en el trabajo. Segundo, que es necesario que los jueces conozcan, comprendan y sepan aplicar adecuadamente esos nuevos preceptos, respecto de los que se carece de una jurisprudencia consolidada. Al respecto habría que plantearse sino serían necesarios también Tribunales especializados, que no es lo mismo que Tribunales especiales, para conocer de determinadas materias fuertemente especializadas, como pueden ser las relativas al medio ambiente, societario, propiedad intelectual, propiedad industrial...-. En definitiva en la aplicación judicial o no de determinadas delitos confluyen muchos aspectos y la inaplicación no deslegitima por sí misma esos delitos sino que debería obligar a analizar las causas de esa inaplicación y sólo en el caso de que se advirtiera de la ineficacia o imposibilidad absoluta de su aplicación se justificaría su desincriminación. Al respecto es llamativo que los delitos contra la seguridad en el tráfico, de larga tradición en nuestro Código Penal, no hayan sido aplicados con normalidad hasta épocas muy recientes y que, por ejemplo, los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo no comiencen a ser aplicadas hasta fechas muy recientes, cuando la nueva regulación del Código Penal de 1995, es en realidad muchos más restrictiva que la prevista en el Código Penal de 1973.

8.5. También hay que recalcar que muchos de los problemas que suscita la incriminación de nuevas conductas provienen de la técnica legislativa utilizada, es decir, no sólo los

aplicadores deben esforzarse sino que también el legislador debe crear tipos suficientemente concretos, sin caer en una técnica legislativa casuística, pudiendo, o debiendo, recurrir en estos sectores de actividad, que son objeto de protección también en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, a la técnica de la ley penal en blanco que, correctamente utilizada, puede ser la más adecuada en estos casos. Así mismo, de *lege ferenda* sería conveniente la incriminación cerrada de la tentativa y reconsiderar los supuestos en los que está previsto el castigo de los actos preparatorios y de la comisión imprudente, especialmente cuando sucede en relación con delito de peligro.

8.6. Por último y, desde mi punto de vista, lo fundamental, es que aun admitiendo que el “nuevo” Derecho penal pueda, en algunos casos, podría exceder los límites de un estado liberal, lo que no ofrece discusión es que un Derecho penal de “tres velocidades” lesiona directamente los límites del estado democrático para el que, un valor esencial, es el principio de igualdad. Ello es así porque la consecuencia directa de esta concepción es la “legalización” de la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera, tal y como señalábamos al principio de este trabajo, por cuando, un estudio criminológico de las personas que cometen unas y otras clases de delitos así nos lo demuestra. Por el contrario, existen medidas relativamente fáciles de arbitrar, como se ha puesto de relieve en estas conclusiones, para evitar los posibles excesos y defectos del “nuevo” Derecho penal.