

**LA DERIVA DE LOS DELITOS DE PELIGRO
EN LA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL:
LA EQUIPARACIÓN PUNITIVA DE LOS
DELITOS DE PELIGRO DOLOSOS E
IMPRUDENTES Y DE LOS DELITOS DE
RESULTADO Y PELIGRO ABSTRACTO.
UNA FORMA DE “SOLVENTAR”
LA CONFUSA INTERPRETACIÓN Y
APLICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE
PELIGRO.**

Cristina Méndez Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca.

Resumen: Las últimas reformas del CP han supuesto un incremento progresivo de delitos de peligro que se ha desarrollado básicamente en dos direcciones que conforman una misma orientación político criminal: la diversificación de las modalidades de peligro que no encajan en las categorías clásicas a través de la transformación paulatina del peligro concreto, y la proliferación de técnicas de tipificación mixtas entre éste, el peligro abstracto y los delitos de idoneidad o de aptitud. Esta

Recibido: julio 2017. Aceptado: diciembre 2017

tendencia multiplica las dificultades que existían ya en la interpretación y aplicación de los tipos penales que contenía el CP dando lugar a un panorama confuso y generador de una gran inseguridad jurídica. Efectivamente, un repaso a doctrina y jurisprudencia muestra la falta de acuerdo en la materia pues se califican de peligro abstracto delitos que se tipifican como de idoneidad o de aptitud y viceversa, eludiendo en ocasiones los requisitos típicos y evidenciando las contradicciones en la interpretación y aplicación de tipos penales de idéntica estructura. Por otro lado, delitos con una estructura típica de peligro concreto se interpretan como de idoneidad o de aptitud, obviando la referencia típica a la creación de una situación de peligro en el caso concreto. En esta situación, la reforma del CP por LO 1/2015 de 30 de marzo, marca un antes y un después dando un paso más en la implementación expansiva de los tipos de peligro al equiparar sancionatoriamente los delitos de peligro dolosos e imprudentes en los artículos 183.4 e), 187.2 c); 188.3 y 189.2 d) que incorporan de forma expresa y por primera vez un tipo agravado que permite aplicar la misma pena a los casos en los que la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima se ha causado dolosamente o por imprudencia grave. De esta forma, y en ámbitos en los que político criminalmente se decide intervenir expansivamente como es el de la protección de la libertad e indemnidad sexual de los menores, la eliminación de la diferencia punitiva entre la puesta en peligro dolosa e imprudente que tan compleja se muestra en la práctica viene a “uniformizar” la protección, solventando las dificultades que la delimitación entre los delitos de peligro dolosos e imprudentes han venido presentando hasta el momento, diluyendo por esa vía las diferencias materiales entre tipos penales que se perciben por el legislador como similares. Por otro lado, se equiparan punitivamente también los delitos de resultado y de peligro abstracto mediante los tipos penales de los artículos 325.1, 326.1 y 326 bis en los que la conducta típica debe “causar o poder causar” daños sustanciales. La idéntica sanción a conductas con un desvalor material claramente diverso cuestiona sin duda el principio de proporcionalidad y restringe la valoración jurisprudencial del peligro en atención a las circunstancias del caso concreto, difuminando una diferencia sustancial que obviamente se considera poco relevante político criminalmente.

Palabras clave: LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, delitos de peligro abstracto, delitos de idoneidad o de aptitud, delitos de peligro hipotético, delitos de peligro concreto, delitos de peligro imprudentes, delitos de peligro dolosos.

TITLE

The drift of crimes of danger according to LO 1/2015 of March 30th, about the reformation of the Criminal Code: punitive equalization of wilful and reckless crimes and of crimes of harm and crimes of abstract danger. A way of “solving” the confusing interpretation and application of crimes of danger.

Cristina Méndez Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal.
University of Salamanca.

Abstract: The last reforms of the Criminal Code have meant a progressive increase in crimes of danger that have developed basically in two directions that conform one same criminal political orientation: the diversification of the modalities of crimes of danger that do not fit into the classic categories, through the gradual transformation of crimes of concrete danger, and the proliferation of mixed regulation techniques between crimes of concrete danger, abstract danger and offenses of qualification or aptitude. This trend, multiplies the difficulties that already existed in the interpretation and application of the criminal offences contained in the Criminal Code, giving rise to a confusing scenario and generating a great legal uncertainty. Indeed, a review of doctrine and caselaw shows a lack of agreement in the matter, because crimes qualify as crimes of abstract danger are described by the law as crimes of qualification or aptitude and vice versa, sometimes circumventing their requirements and showing contradictions in the interpretation and application of crimes of identical structure. On the other hand, crimes with the structure of crimes of specific danger are interpreted as qualified or aptitude crimes, ignoring the reference to the creation of a situation of danger in the concrete case. In this situation, the Criminal Code reform of LO 1/2015 of March 30th, marks a braking point, going further in the expansive implementation of crimes of danger by equating the sanctions of the crimes of willful and reckless danger in

articles 183.4 (e); 187.2 (c); 188.3 and 189.2 (d) which expressly and for the first time incorporate an aggravated crime that allows to apply the same sanction to cases in which the endangerment of the victim's life or health has been caused by willful misconduct or serious recklessness. In this way, and in areas where criminal policy decides to intervene expansively, such as the protection of sexual freedom and indemnity of minors, the elimination of the punitive difference between the willful and reckless endangerment that is so complex in practice, seeks to standardize protection, solving the difficulties that the delimitation between willful and reckless crimes of danger have been presenting until now, thereby diluting the material differences between criminal offences that are perceived as similar by the legislator. On the other hand, crimes of harm and crimes of danger penalties are also equated, by the crimes describes in articles 325.1, 326.1 and 326 bis, in which the actus reus must "cause or be able to cause" substantial harm. The identical sanction of conducts with a clearly different material devaluation undoubtedly challenges the principle of proportionality and restricts the caselaw assessment of the danger in light of the circumstances of the case, blurring a substantial difference that is obviously considered irrelevant by criminal policy.

Key words: LO 1/2015 of March 30th about the reformation of the Criminal Code, crimes of abstract danger, crimes of qualification or aptitude, crimes of hypothetical danger, crimes of concrete danger, reckless crimes of danger, wilful crimes of danger.

Sumario. I. Introducción. II. La reforma del CP por LO 1/2015. III. Discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la forma de interpretar y aplicar las clausulas de peligro que ya se encontraban en el Código penal. Valoración. IV. Valoración crítica sobre la equiparación punitiva del peligro doloso e imprudente. V. Valoración crítica sobre la equiparación punitiva del resultado lesivo y el peligro abstracto.

I. Introducción

En las reformas de los últimos años que viene padeciendo el Código penal se han ido introduciendo paulatinamente nuevas modalidades de tipificación de delitos de peligro hasta conformar un panorama complejo que desafía los concretos

márgenes de las categorías clásicas. Esta tendencia ha alcanzado su culmen, por número, variedad y relevancia, con la LO 1/2015 de 30 de marzo como enseguida se detallará. Esta progresiva extensión y diversificación de los tipos penales de peligro se ha conducido básicamente en dos direcciones: la alteración de la estructura típica clásica de los delitos de peligro concreto por un lado, y el aumento de los modelos “híbridos” por otro, lo que ha supuesto, en este último caso, la multiplicación de las modalidades de peligro abstracto.

Sin embargo, este trabajo no tiene como propósito terciar en la intensa discusión de las últimas décadas sobre la legitimidad de los delitos de peligro y su adecuación real para contener la probabilidad de daño en el ámbito de la sociedad del riesgo, sobre la que tanto se ha escrito ya¹, sino que se plantea un objetivo mucho más limitado. Porque no puede desconocerse que por mucho que teóricamente se debata sobre la adecuación de las distintas tipologías de peligro abstracto a los principios de garantía de un derecho penal propio de un Estado de Derecho, el legislador continúa incorporando lentamente no sólo más tipos penales con esta estructura que sigue siendo cuestionada aunque goce también de muchos partidarios², sino también otras

1 Ver, KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en Derecho penal, *InDret*, Barcelona, 2009, <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>, pág.3, para quien no ha habido en los últimos años tema sobre el que más se haya ocupado la ciencia jurídico penal en Alemania. Ver, sin embargo, KISS, Alejandro, “Delitos de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?, *InDret*, Barcelona, 2015, <http://www.indret.com/pdf/1102b.pdf>, trabajo en el que argumenta que el delito de peligro concreto no representa ningún adelantamiento genuino de la punibilidad y que la tentativa acabada de lesión exige lo mismo que la de peligro concreto, análisis que efectúa desde la estructura típica de los delitos de lesión y no de peligro concreto, y prescindiendo del tipo subjetivo, lo que a mi juicio confunde la perspectiva.

2 Con argumentos parecidos a los que utiliza, HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm.4, pág. 5, quien plantea la necesidad de que el derecho penal deba ocuparse de riesgos futuros a través de los delitos de peligro abstracto, pues, en su opinión, no tiene sentido reaccionar a posteriori, cuando

modalidades que no responden a los esquemas tradicionales y que han contribuido a ahondar la discusión doctrinal y la discrepancia jurisprudencial, dando lugar a una aplicación dispar que no contribuye a proporcionar la deseada seguridad jurídica en este ámbito ya de por sí bastante complejo.

Y es esta deriva legislativa en la que se equiparan desde el punto de vista sancionatorio modalidades con un contenido de antijuricidad material claramente diverso³ e incluso se sanciona con una pena mayor el peligro que la producción de una lesión, la que se utiliza para criticar doctrinalmente, como hace KINDHÄUSER⁴, el denominado “paradigma de la agresión” que no podría explicarse desde esta realidad. De modo que la situación legal existente y la selección punitiva que realiza el legislador, esto es, la política criminal legislativa que se está llevando a cabo, constituye ahora un argumento de peso para descartar concepciones del delito que chocarían con sus premisas y no a

la acumulación de acciones de un tipo determinado ha lesionado el bien jurídico, ya que una acción aislada nunca puede dar lugar a un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos.

- 3 Vid., por ejemplo, el art. 343 (emisión de radiaciones ionizantes) que establece la misma pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años (en su redacción de 2010 que se mantiene con la reforma) si a consecuencia de la radiación ionizante se pone en peligro «la vida integridad, salud o bienes de una o varias personas», o si la puesta en peligro es de a «la calidad del aire, del suelo, de las aguas, animales o plantas».
- 4 KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación...”, op.cit., pág.8, quien menciona algunos ejemplos del Código penal alemán que contradirían el paradigma de la agresión: “el tipo de lesión de la estafa (§ 263 StGB) tiene la misma amenaza de pena que el tipo de peligro del fraude de subvenciones (§ 264 StGB), pese a que el último no exige ni la producción de un perjuicio patrimonial ni la concurrencia de un error de la víctima potencial. La creación, peligrosa en abstracto, de una organización ordenada a la comisión de determinados delitos puede incluso tener prevista una amenaza de pena más elevada que la comisión de los delitos en cuestión. Por último, los delitos de peligro abstracto de perjurio (§ 154 StGB) y de la corrupción de un juez (§ 332 apdo. 2 StGB) están configurados como tipos de delito con una pena mínima privativa de libertad de un año y, con ello, coinciden en el monto de la pena con delitos de lesión especialmente graves”.

la inversa. Como espectadores de esta tendencia, pues apenas existe hoy en día margen para nada más, hemos de concluir que parece como si el legislador hubiera optado por centrarse en qué castigar penalmente, en vez de en qué proteger con el Derecho penal⁵.

Y como en este punto estamos y como sigo entendiendo⁶ que los delitos de peligro abstracto no pueden legitimarse partiendo de un derecho penal que pretenda salvaguardar las garantías propias de un Estado de Derecho, el objetivo de este trabajo, como se decía, es mucho más concreto pues pretende únicamente aportar algún criterio que contribuya a aclarar la interpretación y aplicación de estos tipos que siguen aumentando y diversificándose en nuestra legislación penal⁷. Y se ha seleccionado este concreto aspecto, de entre todos los que se enmarcan en el derecho penal del riesgo, porque se viene observando una aplicación jurisprudencial dispar de tipos de peligro con estructuras a veces idénticas, dependiendo del sector en el que se encuentren, y también una interpretación similar de estructuras de peligro típicamente distintas con base en criterios no siempre explícitos, pero que a menudo tienen que ver con la confusión que generan fórmulas de tipificación muy variadas y el poco consenso doctrinal que se aprecia en la conceptualización e interpretación de algunas de ellas.

5 Opción a la que se adscribe: MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015 (p.17-23), pág.4, siguiendo en este punto a FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Retribución y prevención general”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 20, 2007.

6 Con presunción de peligrosidad de la propia conducta, como argumenté ya hace más de veinte años en MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

7 No se tienen en cuenta todos los delitos de peligro que hoy en día se contienen en el CP porque la exposición se alargaría más de lo debido, así que se han seleccionado ejemplos de todas las categorías y se han analizado aquellos “prototipos” especialmente relevantes por su estructura, su aplicación, o su interpretación doctrinal o jurisprudencial.

II. La reforma del CP por LO 1/2015

Por lo que se refiere a los delitos de peligro concreto clásicos⁸, la reforma mantiene los existentes (con alguna variación), y, además, introduce algunos nuevos que siguen este mismo modelo⁹ (como ya había sucedido con la reforma de 2010, por LO 5/2010, de 22 de junio)¹⁰. La estructura típica del peligro concreto se ha definido comúnmente a través de la incorporación del peligro como elemento expreso del tipo penal¹¹ exigiendo una puesta en peligro que implica la generación de una situación de peligro para un bien jurídico¹². Dicha situación de peligro conforma el estado objetivo en el que se encuentra un bien y constituye el resultado del delito (que exige verificación *ex post*) y que ha de relacionarse causalmente con la conducta típica.

8 Como los arts. 231.2 (abandono de menor); 341, 342 (relativos a la energía nuclear y otras radiaciones ionizantes), 346 (estragos), 348, 349 y 350 (de otros delitos de riesgo provocados por explosión y otros agentes), 363 (delitos contra la salud pública), 353 (incendio forestal), 380 y 381 (delitos contra la seguridad vial).

9 Como el art.362 quinquies 1., (delitos contra la salud pública, que incorpora la expresión «poner en peligro la vida o la salud»); los artículos 183.4 e) (delitos de abusos sexuales y agresiones a menores de dieciséis años) y 187.2 c), 188.3 y 189.2 d) (delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores) que incorporan como modalidades agravadas, con idéntica clausula en todos ellos, que el culpable haya puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima).

10 Como el art.3431. (relativos a la energía nuclear y otras radiaciones ionizantes, que exige la puesta en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas; art. 177 bis (trata de seres humanos, que exige la puesta en peligro de la vida o integridad física o psíquica de las personas objeto del delito).

11 Como se viene sosteniendo desde la primera doctrina sobre la estructura de estos delitos hasta nuestros días. Vid. KINDHÄUSER, Urs., *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Juristische Abhandlungen Band 20, Frankfurt a. M., pág.190, BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, *ADPCP*, 1973, pág.489, CANESTRARI, Stefano, “Reati di pericolo”, *Enciclopedia Giuridica*, 1985, pág.4.

12 Por significar tal puesta en peligro como ya afirmó Hirsch, “algo transitivo”, HIRSCH, Hans-Joachim, “Peligro y peligrosidad”, trad. SOLA RECHE, Esteban, *ADPCP*, Vol. XLIX, Fasc. II, 1996, pág. 514.

Sin embargo y en primer lugar, en los nuevos delitos que utilizan la expresión clásica se observa una novedad de enorme trascendencia que después se analizará con más detalle. Se trata de varios tipos que agravan la pena del delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art.183.4 e) y de algunos delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (arts. 187.2 c), 188.3 d), y 189.2 d) equiparando de forma expresa y por primera vez en una cláusula típica, la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima causada de forma dolosa y la causada por imprudencia grave.

En segundo lugar, en algunos delitos de peligro concreto la reforma sustituye la exigencia de puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, por la de “generar un riesgo” para la vida o la salud de las personas¹³, supliendo el peligro concreto por una fórmula claramente diferente que transforma decisivamente su aplicación y que ya se contenía en alguna disposición antes de la reforma de 2015¹⁴. En otras ocasiones, se reforma ligeramente el tipo para incluir esa expresión, como en el art.325.2 que incorpora un tipo agravado que se aplica «si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas»¹⁵.

13 Arts. 361 y 362 (delitos contra la salud pública) que incriminan una serie de conductas que tienen como objeto material los medicamentos, si «se genera un riesgo para la vida o la salud de las personas» (el art.362 incorporó la fórmula clásica del peligro concreto hasta la reforma de 2015); y art. 362 bis, introducido *ex novo* por la reforma de 2015 que también tiene como objeto material los medicamentos y que incluye la misma expresión.

14 El art.364.2.1º como modalidad agravada de la conducta de adulterar los alimentos o sustancias destinadas al consumo alimentario administrando a los animales sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas.

15 La redacción anterior a la reforma de 2015 exigía en el tipo básico que la conducta «pudiera perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Por eso afirmaba a continuación que: «Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior». La redacción vigente no exige en el tipo básico tal posibilidad de perjuicio, sino daños o la posibilidad de causarlos a «la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

En cuanto a los delitos de peligro abstracto que se ajustan al modelo clásico y que definen las notas que caracterizan a una conducta que conforme a las reglas de la experiencia genera en todo caso un peligro¹⁶ por ser éste únicamente el motivo del legislador (lo que implica la presunción de la peligrosidad de la propia conducta), se mantienen sin alteración muchos de ellos¹⁷; al igual que algunos de los denominados de idoneidad o de aptitud¹⁸ que, superando a los primeros, necesitarían la verificación de la peligrosidad de la conducta o, de otro modo, su aptitud para generar daños que es lo que permitiría su encuadre en la clase de conductas que define el tipo penal¹⁹. Y junto a modalidades que ya contenía el Código penal²⁰ y que remiten a formas de

16 Como fue definida por SCHRÖEDER, Hörst., “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *ZStW*, 1969, pág.22; FIANDACA, Giovanni, “Note sui reati di pericolo”, *Il Tommaso Natale*, I, 1977, pág.175, o TORÍO LÓPEZ, Ángel, en España, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución diferencial a los delitos de peligro abstracto)”, *ADPCP*, 1981, pág.827.

17 Como los arts.379 (seguridad vial) y 368 (tráfico de drogas).

18 Como el art.382 (delitos relativos al mercado y a los consumidores) en el que la publicidad engañosa se tiene que realizar “de modo que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, el art.290 que tipifica la falsedad en las cuentas de la sociedad si se realiza “de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus ocios o a un tercero”.

19 Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético...”, op. cit., pág.825-847, denominación que ha tenido eco en España, aunque se suele confundir con los delitos de peligro abstracto-concreto, categoría que la incluye, pero también otras tipificaciones “híbridas” y que propuso en su día SCHRÖEDER, HÖRST, “Abstrak-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *JZ*, 1967, pág. 522 y ss. Vid. también MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, 2001, obra en la que la autora propone la aplicación de los criterios de la imputación objetiva para verificar la peligrosidad de la conducta típica o su idoneidad, como forma de legitimar los delitos de peligro abstracto.

20 Como el art.336 que se incorporó en la reforma de 2010 y que incrimina el empleo para la caza o pesca, sin estar legalmente autorizado, de veneno, medios explosivos y otros instrumentos de similar eficacia destructiva. O el art. 365 que sanciona el envenenamiento o adulteración con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

tipificar la conducta típica que necesitan verificar que la conducta es peligrosa en atención a las circunstancias del caso concreto (siendo la peligrosidad una cualidad de la propia conducta), se diversifican las formas de aludir al peligro mediante variaciones novedosas que tipifican modalidades agravadas que incluyen la exigencia de que los actos realizados resulten «potencialmente peligrosos»²¹, o que la conducta típica se realice «en condiciones en que pueda peligrar la vida o integridad»²² (que varían en parte otras formulaciones que ya se contenían en el Código pero que se van extendiendo a otros delitos).

De entre ellas destaca especialmente la inclusión de la expresión que «produzca o pueda producirse»²³ un daño determinado y también el aumento de los tipos penales que incluyen la expresión que «cause o pueda causar»²⁴ que ya se encontraba en los arts. 345.1 (delitos relativos a la energía nuclear y a las

21 Como en el art.557 bis que en los desórdenes públicos incorpora una modalidad agravada, la 2ª «cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves».

22 Como el art. 337 bis que sanciona el abandono animal, mediante una cláusula que ya contenía el art.229.3 cuando el abandono tiene como objeto a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección si «por las circunstancias del abandono» se pone en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual.

23 El art.259 bis, en las insolvencias punibles incorpora una modalidad agravada, la 1ª que dice lo siguiente: «Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica».

24 Art.325 (delitos contra el medio ambiente) que define la conducta típica incorporando la necesidad de que «cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo, o de las aguas, o a animales o a plantas». También el art.326.1 que entre los delitos contra el medio ambiente tipifica la manipulación de residuos «de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». El art. 326 bis incorpora exactamente la misma expresión del artículo anterior como requisito típico de la conducta de llevar a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos.

radiaciones ionizantes) y 328.2 (ahora 326 bis) antes de la reforma de 2015²⁵. Porque es así como se equiparan punitivamente modalidades de delitos de lesión con otras que son solo de peligro abstracto, como se analizará también más adelante.

En suma, como consecuencia de la reforma que se comenta (y de las precedentes que han ido en la misma línea) la tipificación actual de los delitos de peligro presenta equiparaciones valorativas relevantes no conocidas por nuestra legislación penal hasta el momento; modalidades de peligro concreto que han sido “aligeradas” del resultado de peligro típico; y otras de peligro abstracto que se han ido extendiendo a otros delitos operándose así una multiplicación de los tipos “híbridos”.

Como se decía en la introducción, no se van a analizar todas las implicaciones que presenta este vasto panorama, sino que me centraré únicamente en el análisis crítico de las equiparaciones valorativas señaladas remarcando de qué modo puede afectar su tenor a la confusión interpretativa y aplicativa que se ha instalado ya en algunos ámbitos del derecho penal del riesgo.

III. Discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la forma de interpretar y aplicar las cláusulas de peligro que ya se encontraban en el Código penal. Valoración.

Todos estos nuevos tipos penales de peligro incorporados al CP con técnicas de tipificación diversas han planteado la cuestión de su mayor proximidad al peligro abstracto, al peligro concreto, o al peligro hipotético, constatándose una ausencia de criterios estables y fundados en su interpretación y aplicación que viene a sumarse a la falta de acuerdo que se viene apreciando con respecto a los tipos penales que ya contenía el CP.

25 Con la misma redacción, pues tipificaba la posesión, tráfico, la facilitación, trata, transformación, utilización, almacenamiento, transporte o eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas «que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, a animales o plantas».

Comencemos por los delitos que incorporan formas de definir la conducta típica cercanas o próximas a los delitos de idoneidad o aptitud por contener expresiones que necesitan una verificación judicial de la peligrosidad de la conducta típica, pero sin requerir la puesta en peligro efectiva de los bienes jurídicos protegidos como consecuencia de la misma, que es el resultado típico que caracteriza al peligro concreto.

En primer lugar, y por lo que se refiere al delito de contaminación ambiental (art. 325), que en la redacción anterior a la reforma de 2015 exigía que las diversas modalidades de conducta típica pudieran «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» (expresión que constituye ahora el tipo agravado del art.325), la última jurisprudencia lo considera un delito de peligro hipotético o potencial. Con la misma redacción inicialmente se interpretó que se trataba de un delito de peligro concreto, también que tipificaba un peligro abstracto y últimamente, un delito de peligro hipotético por entender que la conducta típica debe ser apta o idónea para desencadenar el riesgo para el bien jurídico lo que implica su “potencialidad lesiva”²⁶. Esta afirmación resulta contradictoria con la que simultáneamente se mantiene por parte de la jurisprudencia que entiende necesaria la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico, o lo que es lo mismo, la generación de un resultado, remitiendo, de esta forma, al peligro concreto²⁷. La misma caracterización simultánea de delito de idoneidad y de peligro concreto la encontramos en algunos autores quienes calificando este delito como de peligro hipotético por requerir una “idoneidad potencialmente lesiva”, entienden que precisa también un “resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales”²⁸.

26 Vid. SSTS 388/2003 de 1 de abril, 81/2008 de 13 de febrero, 141/2008 de 8 de abril, 89/2014 de 11 de febrero, 840/2013 de 11 de noviembre y 521/2015 de 13 de octubre.

27 Vid. p.ej., SSTS 481/2008 de 18 de julio, 89/2013 de 11 de febrero y 865/2015 de 14 de enero.

28 MARQUÈS I BANQUÉ, María, *Comentarios a al Código Penal Español. Tomo II*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) Y OTROS, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, págs.816.

La expresión «que cause o pueda causar daños sustanciales» que define ahora la conducta del tipo básico del delito de contaminación ambiental, se considera un delito de peligro hipotético para el bien jurídico pues es suficiente que las emisiones, vertidos u otros “sean susceptibles de causar el resultado lesivo descrito”²⁹; pero también un delito de peligro concreto, pues se requiere “la creación de una situación de peligro para el bien jurídico protegido concretada en el peligro o efectivo daño sustancial a elementos del ecosistema”³⁰.

El «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas» (modalidad agravada del delito de contaminación ambiental recogida en el art.325.2 segundo párrafo con una pena superior tras la reforma de 2015) es interpretado por el TS como peligro hipotético³¹, aunque para algunos autores³² se trataría de un delito de peligro abstracto al igual que entiende alguna jurisprudencia al exigir “únicamente el carácter peligroso de la acción”³³. Sin embargo, podríamos argumentar también que es una fórmula más próxima al peligro concreto, al individualizar el bien jurídico referente de la conducta típica en la salud de las personas y al exigir un grave perjuicio para el mismo, configurando así una situación más cercana al peligro concreto para el bien jurídico que a la abstracta peligrosidad.

Como puede apreciarse, se confunde el peligro abstracto en el que la peligrosidad de la conducta viene definida legislativamente, con el delito de idoneidad en el que es preciso verificarla ex ante con base en la definición de la conducta típica y

29 Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Derecho Penal. Parte Especial*, ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coords.), Comares, Granada, 2016, pág.556. Lo califica también como delito de peligro abstracto, pág.555.

30 MARTÍN LORENZO, María, “Delitos de contaminación” *Memento Penal 2017*, ed. Lefebvre, Madrid, 2016, pág.1485.

31 Vid. como ejemplo, TS 370/2016 de 28 de abril.

32 MARTÍN LORENZO, María, “Delitos de contaminación”, *Memento Penal*, op cit., pág. 1486.

33 Vid. STS 1828/2002 de 25 de octubre.

éste, a su vez, con el peligro concreto que constituye el resultado típico que deriva de la conducta peligrosa y que debe verificarse ex post³⁴.

En segundo lugar, encontramos una serie de tipos en los que la peligrosidad adjetiva a la sustancia con la que se realiza la conducta típica, por lo que es preciso comprobar la peligrosidad de la misma para el bien jurídico protegido lo que comportaría su idoneidad objetiva ex ante para afectarlo. En este grupo podríamos catalogar a los delitos que se mencionan a continuación.

El art.364.1 que tipifica la adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados «susceptibles de causar daños a la salud de las personas» los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al consumo alimentario. Aunque el tipo no exige expresamente la puesta en peligro de la salud de las personas sino una conducta peligrosa, un sector de la doctrina exige el peligro concreto³⁵, mientras otro entiende que la redacción típica supone un adelantamiento de la barrera de intervención del derecho penal al momento de la adulteración del alimento sin esperar a la concreta puesta en peligro de la salud de los consumidores. La jurisprudencia, por su parte, lo considera de peligro abstracto ya que “el comportamiento realizado se considera potencialmente nocivo para los destinatarios de los productos, es decir, para los consumidores”³⁶.

34 Hace tiempo ya que HIRSCH señalaba la confusión entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la (concreta) peligrosidad de la conducta, HIRSCH, Hans-Joachim, “Peligro y peligrosidad”, op. cit., pág. 512.

35 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.569 donde afirma que a pesar de que el tipo omite la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores, la referencia a que se trate de sustancias susceptibles de causar daños a la salud de las personas incorpora ya implícitamente dicha exigencia.

36 AP de Girona 551/2004 de 23 de junio, y jurisprudencia del TS, vid., por todas, TS 1973/2000 de 15 de diciembre. En la primera resolución se afirma que: “Este carácter de delito de peligro abstracto debe entenderse como una anticipación de la intervención penal a aquellas situaciones en las que un producto alimenticio ya es en sí mismo peligroso, bien por incorporar aditivos y otros agentes causantes de daños en la salud de las personas

Del mismo modo, el art. 365 al incriminar el envenenamiento o adulteración de las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas «con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud» no configura la necesidad de que la sustancia nociva entre en contacto con el consumidor³⁷, entendiendo la jurisprudencia que se trata de un delito de peligro abstracto en el que “es la gravedad inherente a la conducta, con independencia del concreto peligro que se haya producido por el riesgo de ingesta o contacto, la que explica la elevada penalidad prevista”³⁸.

El art.364.2.1º tipifica la administración de «sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas» a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano por lo que parece configurarse también como un delito de idoneidad o de aptitud³⁹ al exigir, según la literalidad del precepto, la comprobación del riesgo que comporta la sustancia para la salud y por lo tanto su idoneidad para afectarla⁴⁰, aunque también hay quien entiende que se trata de un delito de peligro abstracto que necesitaría reconducir su interpretación al peligro hipotético para evitar la sanción de meras desobediencias

(art. 364.1), o bien por incorporar a las carnes o productos de animales destinados al consumo humano, alguna sustancia no permitida”. Y también: “No se trata entonces de conductas riesgosas, que bajo una mera hipótesis podían llegar a ser nocivas, sino que se exige la existencia de un producto que pueda realmente producir un peligro para la salud” (Fundamento Jurídico Tercero).

37 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Delitos relativos a productos o sustancias dedicados al consumo: fraudes alimentarios” *Memento Penal 2017*, ed. Lefebvre, Madrid, 2016, pág.1569.

38 Vid. SAP de Huelva 263/2000 de 13 de julio. Aunque afirme acto seguido, que “La nocividad ha de relacionarse no sólo con la sustancia adicionada, sino con su dosis y el efecto producido sobre el agua”.

39 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Delitos relativos a productos o sustancias dedicados al consumo: fraudes alimentarios”, op.cit., pág.1566.

40 GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a al Código Penal Español Tomo II*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) Y OTROS, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 1025.

contravencionales⁴¹. Por el contrario, la jurisprudencia aplica el art.364.2.1º como si se tratase de un delito de peligro abstracto, aunque a veces lo denomine de peligro hipotético, pues la mera administración a los animales de sustancias prohibidas por el riesgo que generan para la salud permite la perfección del delito sin valorar la cantidad, que se considera irrelevante⁴². Al considerarlo de peligro abstracto, el elemento determinante de la aplicación del delito es el carácter peligroso de la sustancia y no el peligro que conlleve para la salud pública⁴³ en atención a las circunstancias del caso concreto, con el argumento de que la prohibición formal basada en el principio de precaución, es suficiente⁴⁴. Sin embargo, el tenor literal del precepto no ofrece duda al exigir que la administración de tales sustancias genere

41 IGLESIAS DEL RÍO, Miguel Ángel, *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág.385. También lo consideran de peligro abstracto GARCÍA ALBERO, Ramón, “De los delitos contra la salud...”, op. cit., pág.1028 y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “De los delitos contra la salud pública”, *Comentarios al Código Penal*, CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.) Y OTROS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.364.

42 SAP Lugo 187/2008 de 22 de octubre en la que se afirma: “...en cuanto a la cantidad de clembuterol que se advierte en los análisis de orina de las vacas, señalar, tal y como apuntó la perito, que el mismo es irrelevante ya que al tratarse de una sustancia prohibida no ha de encontrarse en cantidad alguna, tratándose el tipo aplicado al presente caso de un delito de riesgo abstracto, por lo que no precisa de un resultado, bastando la puesta en peligro del bien jurídico protegido, tal como señala la Jurisprudencia, basta con administrar a los animales destinados al consumo sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas, lo que ocurre con la evidencia del clembuterol en los análisis realizados al ganado”.

43 Vid. STS 517/2000 de 22 de marzo en la que se afirma que “...se trata, como se ve, de un supuesto de peligro abstracto, dado que lo incriminado es la realización de una acción que, por sí misma, es peligrosa, toda vez que el clembuterol es una sustancia prohibida por el RD 1262/1989 de 20 de octubre (RCL 1989, 2307)” (Fundamento Jurídico Noveno). Y más adelante y con respecto a si la cantidad de sustancia suministrada genera o no un peligro se afirma: “Atendiendo al carácter de delito de peligro abstracto del tipo que hemos expuesto en el apartado a): lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública” (Fundamento Jurídico Noveno).

44 Vid. STS 1442/2002, 14 de septiembre.

el riesgo típico, por lo que resulta cuestionable sostener que sea suficiente con la mera administración de la sustancia, aunque la misma esté prohibida o se administre una dosis superior a la permitida. Resulta necesario verificar el riesgo generado para la salud de las personas que no se puede presumir, pues la mera administración de la sustancia al margen de las circunstancias en que tiene lugar no genera automáticamente tal riesgo.

Exige sin embargo ese riesgo la jurisprudencia en la interpretación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas (art.379.2), tipificado como delito de peligro abstracto (y no de idoneidad o de aptitud). En su aplicación no se considera suficiente el simple hecho de conducir vulnerando la normativa administrativa por superar la tasa de alcohol en sangre permitida (que con base en el principio de precaución sería suficiente), sino que se exige además “que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad física de las personas, seguridad del tráfico)”. Se remite de este modo a una verificación de la peligrosidad de la conducción en consideración a todas las circunstancias en que se produce⁴⁵, de forma diversa a como se opera en materia de salud pública, como se ha visto precedentemente.

Una interpretación restrictiva se aprecia también con respecto al delito de tráfico de drogas (art. 378) en el que se ha pasado de exigir únicamente que la sustancia objeto del tráfico tuviese el carácter de droga tóxica o estupefaciente, precisamente por la naturaleza de peligro abstracto del delito, a entender que justamente ésta exige que la conducta típica recaiga “sobre un objeto –la sustancia aprehendida– que tenga una aptitud de provocar un riesgo a la salud pública, pues caso contrario se estaría en una situación de inexistencia de antijuridicidad material por imposibilidad de ataque al bien jurídico protegido por la norma”⁴⁶. Interpretación que se realiza al margen de la

45 Vid. SAP Madrid 673/2002 de 4 de octubre.

46 Vid.STS 343/2010 de 20 de abril, en un caso en el que la sustancia aprehendida no alcanza los 50 miligramos netos, mínimo psicoactivo a partir del

referencia típica pues el tipo no especifica que las sustancias tengan que ser efectivamente susceptibles de causar un daño a la salud en atención a su composición o a su dosis en el caso concreto.

Después de este somero repaso es fácil concluir que algunos de los delitos tipificados como de idoneidad o aptitud por requerir la verificación de la peligrosidad de la sustancia con la que se realiza la conducta típica, son interpretados como de peligro abstracto sin atender a las circunstancias en las que tienen lugar las conductas en principio generalmente idóneas, ni a las cantidades o condiciones en que se suministran las sustancias que constituyen el referente de la conducta típica. Por otro lado, algunos delitos tipificados como de peligro abstracto son interpretados como de idoneidad o aptitud verificando la potencialidad lesiva de la conducta en atención al carácter de la sustancia, la dosis y las condiciones en que se realiza la conducta típica. Esta diversa aplicación al margen de la literalidad del precepto, hace evidentes las contradicciones que se presentan en la interpretación de tipos penales de idéntica estructura.

En cuanto a las cláusulas que parecen remitir al peligro concreto sin exigir expresamente la puesta en peligro del bien jurídico protegido la situación no es muy diversa.

El art. 385 que incorpora la exigencia típica de que se origine «un grave riesgo para la circulación» a través de dos conductas distintas («colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización por cualquier medio»; y «no restableciendo la seguridad en la vía, cuando haya obligación de hacerlo») ha sido considerado tanto de peligro concreto⁴⁷

cual la cocaína es potencialmente peligrosa para la salud según informe del Instituto Nacional de Toxicología que sirve de base a la decisión del Pleno no Jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 2005, ante la existencia de resoluciones contradictorias en casos de aprehensiones de cantidades mínimas de drogas (Fundamento Jurídico Segundo).

47 Vid. SAP de Pontevedra 133/2006 de 17 de octubre, entiende que tal riesgo se genera si se obliga a los participantes en el tráfico, para esquivar los obstáculos, a realizar maniobras peligrosas que “pudieran suponer un peligro

como de aptitud, considerando suficiente en este último caso la realización de un comportamiento idóneamente peligroso para la vida o la salud.

El art.352 tipifica en el apartado 1 el incendio de montes o masas forestales. El apartado 2 contempla un subtipo agravado «si ha existido peligro para la vida o la integridad física de las personas», expresión que se interpreta como la exigencia de un resultado de peligro⁴⁸ a pesar de que no remita expresamente a la fórmula clásica. La jurisprudencia en cambio, entiende que se trata de un delito de peligro abstracto⁴⁹ o, en ocasiones, de peligro hipotético⁵⁰.

El delito de abandono animal del art.337 bis que constituye un tipo agravado de maltrato que se ha introducido también con la última reforma y que supone la imposición de una pena superior si el abandono del animal se realiza «en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad», es interpretado como de peligro concreto⁵¹ a pesar de que su definición remite más bien a que la forma en que tiene lugar la conducta típica –el abandono– sea tal que pudiera suponer un peligro para su vida o integridad (idoneidad ex ante), no que efectivamente lo haya supuesto (peligro concreto)⁵².

para las personas o las cosas”; como en el caso de autos no resulta acreditado tal extremo, decide la absolución.

48 ARMAZA ARMAZA, Emilio José, “Delitos contra la seguridad colectiva I”, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág.588 y GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág.352.

49 Vid. STS 88/2005 de 31 de enero.

50 Vid, STS 823/2014 de 18 de noviembre.

51 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág. 543; MARTÍN LORENZO, María, “Delitos de caza y pesca”, *Memento Penal 2017*, ed. Lefebvre, Madrid, 2016, pág.1511. Entiende también que exige la puesta en peligro de la vida o la integridad del animal, MARQUÉS I BANQUÉ, María, *Comentarios a al Código Penal*, op. cit., pág.879.

52 Hasta el momento solo hay dos sentencias que aplican este delito y ninguna de ellas entra a analizar la estructura típica del mismo.

Por el contrario, el delito de incendio del art.351 formulado típicamente como un delito de peligro concreto aunque no contenga la expresión clásica, no es interpretado como tal. La redacción típica parece remitir al peligro concreto⁵³ al exigir que el incendio «comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas» que precisaría la comprobación de la generación de tal peligro como consecuencia de la provocación del incendio. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido vacilante entendiendo inicialmente que se trataba de un delito de peligro concreto⁵⁴ para, posteriormente, considerarlo delito de peligro “potencial o abstracto”⁵⁵ en el que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar⁵⁶, y últimamente, un delito de idoneidad o de aptitud (utilizando indiferenciadamente las denominaciones de

53 Así lo califica TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios a al Código Penal Tomo II*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) Y OTROS, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág.933, quien entiende que la expresión típica supone la exigencia de un “resultado de peligro para la vida o la integridad física de las personas”. Afirma también que “la dicción legal responde a la estructura propia de los delitos de peligro concreto, dada la exigencia de que el incendio lo comporte”. También GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*; op.cit., pág.275; ARMAZA ARMAZA, Emilio José, “Delitos contra la seguridad colectiva I”, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág.585.

54 Vid. STS 218/2003 de 18 de febrero.

55 Vid. STS 1263/2003 de 7 de octubre. Lo que exige entonces el precepto es que la acción de incendiar genere un peligro para la vida o la integridad física de las personas, no que se ponga en peligro real dichos bienes personales ni que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando el riesgo de propagación y, como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas, STS 696/2004 de 29 de julio.

56 Vid., como ejemplo, STS 569/2007 de 29 de junio, con el argumento de que “...el tipo objetivo de este delito consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder comportando su potencial propagación, esto es, la creación de un peligro para la vida o la integridad física de las personas...” (Fundamento Jurídico Primero). También se afirma que al ser un delito de consumación anticipada, se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, “siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio...” , STS 969/2004 de 29 de julio (Fundamento Jurídico Tercero) .

peligro hipotético o potencial, peligro abstracto-concreto, o delito de aptitud)⁵⁷ al exigir “una conducta idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado de la seguridad colectiva”⁵⁸. Esta última interpretación viene propiciada por la elección del bien jurídico colectivo (seguridad colectiva) como término de referencia de la conducta típica, obviando la exigencia típica de una situación de concreto peligro para la vida o la salud de las personas (bienes jurídicos individuales), transformando así el peligro concreto en la sola exigencia de una abstracta peligrosidad.

De lo expuesto se puede concluir de nuevo que la ausencia de criterios estables en la interpretación de estos delitos da lugar a un panorama incierto que redundará en una gran inseguridad jurídica. Porque al margen de la concreta modalidad exigida para hacer referencia al peligro, si éste constituye el efecto de la conducta típica constituirá el resultado del delito que habrá que verificar ex post.

Pero también con relación a los delitos de peligro concreto que se ajustan a la fórmula clásica incluyendo la expresión “poner en peligro” y que requieren para un amplio sector de la doctrina la comprobación de ese resultado de peligro para los bienes jurídicos individuales que expresamente incorpora el tipo, nos encontramos con diferencias interpretativas relevantes.

El art.363 exige expresamente en el tipo que las cinco conductas alternativas que tipifica «pongan en peligro la salud de los consumidores» y, sin embargo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia se conforman con que “el producto en cuestión resulte en sí mismo peligroso para la salud (peligro abstracto-concreto)”, concluyendo entonces que basta la nocividad del producto o su aptitud lesiva sin que sea necesaria la puesta en

57 Vid. STS 1136/2009 de 4 de noviembre, STS 1117/2001 de 31 de octubre, STS 695/2016 de 28 de julio, o STS 725/2016 de 28 de septiembre, que entienden que la situación de peligro no es un elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir ese peligro para el bien jurídico protegido.

58 Vid. STS 1284/98 de 31 de octubre, o STS 1208/2000 de 7 de julio.

peligro del consumidor en particular⁵⁹. Es típicamente peligro concreto⁶⁰ y ni siquiera se interpreta como de idoneidad o de aptitud (aunque así se afirme formalmente) al entender que el peligro para la salud de los consumidores deriva del hecho de ser un producto no permitido, y no de las circunstancias en que se ha manipulado, suministrado, etc. Se formula así un juicio de abstracta peligrosidad que poco tiene que ver con la idoneidad ex ante de la conducta en el caso concreto en atención a las circunstancias en que tiene lugar, y mucho menos con el tenor literal del precepto que exige claramente un resultado de puesta en peligro para la salud de los consumidores.

Resulta enormemente significativa la diferencia jurisprudencial entre la interpretación de los delitos contra la salud pública y los delitos contra la seguridad del tráfico que se tipifican como delitos de peligro concreto y que por ello son objeto de una interpretación restrictiva. Efectivamente, en estos últimos (que no han sido modificados por la reforma de 2015) la jurisprudencia adopta un punto de vista diverso entendiendo que la referencia a la puesta en peligro remite a un resultado de peligro concreto, esto es, a una situación de peligro generada por la forma peligrosa de conducir⁶¹. Por esta razón, no basta con una conducción abstractamente peligrosa sino que es preciso que alguna persona se encuentre en el radio de acción de tal conducta

59 ROMEO MALANDA, Sergio, “Delitos contra la seguridad colectiva II.”, *Derecho Penal*, op.cit., pág.610.

60 También GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a al Código Penal Español*, op. cit., págs.1014 y 1015, quien hace referencia también a la posibilidad de interpretarlo como peligro potencial por entender que éste es una característica de la acción.

61 SAP Almería 7/2011 de 13 de enero, en la que se afirma que la conducta del acusado crea “una situación de peligro concreto para la integridad física de terceros” (Fundamento Jurídico Primero) que no se concretó en un daño porque algunos conductores realizaron movimientos evasivos para evitar un posible impacto y algunos peatones se subieron a la acera para intentar esquivar al conductor detenido que circulaba a toda velocidad esquivando a los vehículos que se encontraba en el trayecto.

peligrosa, pues solo así es posible la lesión⁶². Además, esa puesta en peligro al constituir un elemento del tipo penal debe quedar claramente acreditada en el hecho probado y debe de ser consecuencia del acto de circulación⁶³.

También entre los delitos contra los derechos de los trabajadores encontramos delitos de peligro clásicos que jurisprudencia y doctrina consideran en principio como de peligro concreto por contener la expresión «poner en peligro grave», como el art.316 que refiere tal exigencia a la vida o integridad física de los trabajadores⁶⁴. Como consecuencia de tal redacción típica,

62 La jurisprudencia delimita el peligro concreto por la situación que crea el autor con la realización de la conducta peligrosa respecto de una persona o personas determinadas; Vid. STS 1461/2000 de 27 de septiembre que considera probado el concreto peligro pues la forma peligrosa de conducir obligó a dos agentes hacia los que se dirigió el acusado a toda velocidad para huir, a saltar y tirarse al suelo para evitar ser atropellados; STS 363/2014 de 5 de mayo, destacando la exigencia típica de la puesta en peligro concreto de otros usuarios de la vía y condenando en este caso en el que se conduce por el carril contrario circulando a alta velocidad y obligando a otros usuarios de la vía a apartarse a su derecha para evitar la colisión (Fundamento Jurídico Cuarto); STS 1052/2012 de 9 de enero, que considera el peligro concreto (sobre una persona determinada) como “un elemento imprescindible para la configuración del tipo penal”. Afirma también que se requiere una “situación de específico riesgo para la vida e integridad de las personas, SAP Barcelona 257/2016 de 11 de abril, de manera que no es suficiente con “la mera existencia de otros usuarios en la vía afectados por la conducción temeraria, sino que es preciso, además, que éstos experimenten concretamente el peligro en los bienes jurídicos de los que son titulares”; en definitiva, afirma que “el concepto de peligro a que se refiere el artículo 381, requiere que la conducción temeraria coloque a determinada o determinadas personas en una situación de riesgo cierto, próximo y constatable para su vida o integridad física”. Llegando a concluir que “en los delitos de peligro concreto, se exige un plus, y es que ese peligro hipotético se conectase en una persona concreta y específica” (Fundamento Jurídico Segundo).

63 STS 717/2014 de 29 de enero.

64 Vid. STS 1355/2000 de 26 de julio. También la doctrina, vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág.314; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/SALAT PAISAL, Marc, *Comentarios a al Código Penal Español. Tomo II*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) Y OTROS, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp.732 y 733 y HORTAL IBARRA, Juan Carlos, *Comentarios al Código Penal*, CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (Dir.) Y OTROS, op.cit., pág.316.

se haría necesaria la determinación de la relación de causalidad entre la falta de medidas de seguridad y la generación del peligro grave⁶⁵ e incluso como afirma alguna jurisprudencia, la presencia de algún trabajador en el radio de acción del comportamiento peligroso para poder configurar la puesta en peligro⁶⁶. Pero también encontramos resoluciones en las que se afirma que el art.316 es un delito de peligro abstracto con el argumento de que “en tanto en cuanto pretende la prevención de riesgos laborales, constituye un delito de mera actividad o de peligro abstracto, y no de resultado”⁶⁷. A veces, los argumentos que prescinden de la tipificación efectiva del delito del art.316 como un delito de peligro concreto, acuden a su vinculación con el bien jurídico protegido que, según alguna jurisprudencia, sería la seguridad en el trabajo entendida como “la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo”, que es un “bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión” (en referencia a la muerte de un trabajador que tiene lugar por omisión de las medidas de seguridad). Sin embargo, la propia sentencia que acude al argumento del bien jurídico colectivo exige más adelante que la norma de seguridad infringida se encuentre relacionada a través de un “nexo de causalidad” con la puesta en peligro grave de la integridad física de los trabajadores⁶⁸.

65 AP Ourense 46/2004 de 14 de junio.

66 STS 1036/2002 de 4 de junio, absolviendo cuando ese peligro no se verifica pues la forma de trabajo diseñada no puso en peligro la vida de los trabajadores que no se encontraban en el radio de acción de la pala cuando ésta excavaba (Fundamento Jurídico Tercero). También jurisprudencia reciente: SAP Murcia 369/2016 de 28 de junio, resaltando la necesidad de la puesta en peligro efectiva de la vida o la integridad física de los trabajadores como consecuencia de la infracción de la normativa reglamentaria en materia de seguridad e higiene en el trabajo (Fundamento Jurídico Segundo); SAP de Guipúzcoa 77/2016 de 12 de abril. Aunque a veces se argumenta que se creó una situación de peligro para “la seguridad de los trabajadores” en vez de para la vida o la integridad física de éstos, como en SAP Valencia 86/2016 11 de febrero.

67 Así lo afirma la SAP de Islas Baleares 127/2003 de 30 de junio o SAP de Málaga 133/2011 de 15 de febrero.

68 Las consideraciones que efectúa esta sentencia (a la que se acude reiteradamente para fundamentar el carácter colectivo del bien jurídico protegido)

Al margen de la confusión sobre las estructuras típicas de peligro analizadas y sus consecuencias, una parte importante del disenso que se ha expuesto deriva de la diversidad de opiniones sobre el bien jurídico, término de referencia de las distintas tipificaciones del peligro. Así, los delitos cuya estructura típica de peligro concreto toma como punto de referencia bienes jurídicos individuales en ámbitos de protección colectivos son interpretados por parte de la doctrina como de peligro concreto clásico, exigiendo la verificación de un resultado de peligro siempre que se entienda que el término de referencia del peligro es el bien jurídico individual, con independencia de que se proteja también el colectivo en el que el delito se encuadra. Podemos comprobarlo con solo recordar la interpretación jurisprudencial de los delitos contra la seguridad vial en los que la exigencia de un resultado de puesta en peligro para la vida e integridad de las personas restringe claramente la aplicación de los tipos de peligro concreto. En estos casos, la referencia del peligro a bienes jurídicos individuales permite formular criterios relativamente estables y aplicables en función de las circunstancias del caso concreto, aunque obviamente ello implique una aplicación más limitada del correspondiente tipo penal.

Pero también se han encontrado un número importante de delitos que a pesar de su estructura de peligro concreto se interpretan como de idoneidad o de aptitud, obviando la referencia típica a la verificación de la situación de peligro en el caso

con respecto a la seguridad en el trabajo, obedecen también a la reciente incorporación en aquel momento del Título XV del Código penal (Delitos contra los derechos de los trabajadores) por lo que la sentencia se extiende en la explicación del nuevo interés susceptible de protección: “la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos”, que es el fundamento de que el nuevo título contemple un catálogo de acciones “que atentan contra los trabajadores en el desarrollo del principio rector de política social y económica de velar por la seguridad e higiene en el trabajo –art.40.2 CE– principio que, de acuerdo con el mandato del art.53.3º debe inspirar la legislación positiva”; concluyendo que, “en definitiva dicho título constituye el catálogo de acciones que integran lo que en sede doctrinal recibe el nombre de «Derecho Penal del Trabajo».

concreto porque se establece como término de referencia el bien jurídico colectivo. Así lo hemos visto en los delitos contra la salud pública o contra la seguridad en el trabajo. En los primeros, la referencia típica a que la puesta en peligro sea de la *salud de los consumidores* y no de la *salud de las personas que consumen* sirve como argumento para entender que la salud aquí se está expresando en sentido colectivo, por lo que sería suficiente la aptitud lesiva del producto para dañar dicha salud sin que, en general, se exija la puesta en peligro de la salud de algún consumidor en particular⁶⁹. Pero lo cierto es que el tipo no incorpora el término *salud pública*, sino *salud de los consumidores*, obviamente, *salud de las personas que consumen*, en referencia clara a bienes jurídicos individuales. Así lo entiende la jurisprudencia en otros ámbitos como en los delitos contra la seguridad vial interpretando que la puesta en peligro concreto no implica naturalmente su materialización en personas específicas, pues los destinatarios de la acción peligrosa son terceros indeterminados para el autor del hecho delictivo⁷⁰, de lo que no puede derivarse que la exigencia típica se refiera a un riesgo indeterminado o general, a un riesgo colectivo, sino a un peligro concreto aunque se materialice en una sola persona⁷¹.

Evidentemente, la tendencia jurisprudencial a interpretarlos como delitos de idoneidad verificando la potencialidad

69 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Delitos relativos a productos o sustancias dedicados al consumo: fraudes alimentarios” *Memento Penal*, op.cit., pág.1559.

70 Como afirma la STS 717/2014 de 29 de enero con respecto al art.381, la conducción con manifiesto peligro para la vida de los demás poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, ya que si “la conducta se dirige contra personas determinadas a las que se quiere poner en peligro asumiendo la materialización del riesgo en un resultado concreto, que se persigue o que una vez advertido se continua en la agresión al bien jurídico, la conducta no puede ser subsumida en el delito contra la seguridad del tráfico, sino en el de resultado, al atentarse contra la vida y la indemnidad de las personas concretas y determinadas” (Fundamento Jurídico Cuarto) . Lo que no implica, obviamente, que para que exista el concreto peligro no deba haber alguna persona concreta en el radio de acción de la conducta típica.

71 Vid. SAP Tarragona 219/2006 de 15 de junio.

lesiva de la conducta típica con carácter general y sin atender a las circunstancias del caso concreto facilita claramente su aplicación, pero supone una interpretación extensiva que obvia las exigencias típicas⁷². En esta línea pueden entenderse mejor las fórmulas híbridas que ya se han descrito y que no por casualidad tienen como punto de referencia claramente bienes jurídicos colectivos y no individuales, al no poder verificarse el peligro concreto para los primeros. Por ejemplo, la expresión «pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» del art.325; la de originar un «grave riesgo para la circulación» del art.385; «que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico» para el medio ambiente (como entiende la jurisprudencia) del tipo agravado de contaminación ambiental del art.327 e) (que estaba en el art.326 e) anterior a la reforma)⁷³. Todas ellas configuran delitos de idoneidad con respecto a bienes jurídicos colectivos, a pesar de su aparente proximidad a los delitos de peligro concreto.

IV. Valoración crítica sobre la equiparación punitiva del peligro doloso e imprudente

Como se mencionó en la introducción de este trabajo, los artículos 183.4 e), 187.2 c); 188.3 y 189.2 d) incorporan de forma expresa y por primera vez un tipo agravado que permite aplicar la misma pena a los casos en los que la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima se ha causado dolosamente o por imprudencia grave.

72 De hecho, la (escasa) doctrina del TS sobre la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas requiere que haya existido “un peligro próximo o inmediato de que se materialice la probabilidad de lesión del bien jurídico”, STS 1612/2002 de 1 de abril y Juzgado de lo Penal de Madrid, S 268/2014 de 4 de julio, elementos que restringen el ámbito de aplicación del delito.

73 Que ha sido interpretado jurisprudencialmente como la imposibilidad de volver a la situación anterior –irreversible– o la elevada magnitud del perjuicio que se ocasionaría al medio ambiente –catastrófico– MARTÍN LORENZO, María, “Delitos de contaminación”, *Memento Penal*, op.cit., pág.1495 y 1496.

Es difícil encontrar en la doctrina menciones específicas a esta equiparación. En la mayoría de los Manuales de Parte Especial o en trabajos específicos sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual apenas se menciona, o simplemente se salda la cuestión afirmando que la nueva redacción supone una ampliación del ámbito de aplicación⁷⁴ o que la equiparación resulta acertada⁷⁵, pasando por alto una equivalencia punitiva entre la conducta dolosa e imprudente de puesta en peligro de la vida y la salud que es completamente novedosa en nuestro derecho y que no solo amplía el campo de los delitos de peligro imprudentes en una línea cuestionable político criminalmente y ya habitual en la protección de la indemnidad sexual de los menores⁷⁶, sino que permite imponer la misma sanción a conductas de las que deriva el mismo resultado (la puesta en peligro de la vida y la salud) pero que deberían ser merecedoras de un diferente reproche en atención a la forma dolosa o imprudente de su comisión.

74 DÍAZ MORGADO, Celia, *Comentarios al Código Penal*, CORCOY BIDA-SOLO/MIR PUIG (Dir.) Y OTROS, op. cit., pág.686. Aunque también hay autores que destacan que el tipo es más restrictivo: TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios al Código Penal. Tomo I.*, op.cit., pág. 1323, pues el peligro se refiere tan solo a la vida del menor y además, se exige la puesta en peligro del bien jurídico según la técnica del peligro concreto, no siendo suficiente la peligrosidad inherente al uso de armas o medios peligrosos. O se destaca la falta de sistemática entre agravaciones, pues la del art. 188.4c) ubicada en los delitos contra la prostitución, puede aplicarse cuando se pone en peligro además de la vida la salud, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág.120; la misma autora entiende que como la Directiva de la Unión Europea (2011/93) obliga a agravar la pena si el delito ha puesto en peligro la vida del niño, se deben abarcar las puestas en peligro dolosas y también las imprudentes.

75 SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.343.

76 TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios al Código Penal. Tomo I.* p.1319 afirma que la nueva regulación excede en mucho en su dureza punitiva el estándar europeo. Sobre las razones de la hiper protección de los menores que está detrás de las últimas reformas penales en la materia vid. SANZ MULAS, Nieves, *Política Criminal*, Ratio Legis, 2016, pág. 164 y ss.

Y aunque es cierto que el CP contenía ya antes de la reforma algunas disposiciones (que se mantienen) que permiten sancionar delitos de peligro imprudentes, se trata de cláusulas generales (artículos 331-medio ambiente- 367 -salud pública-, 358 -delitos de incendio-, o 317 -seguridad en el trabajo-)77, de aplicación a los delitos anteriores definidos en su modalidad dolosa y que obligan, en cualquier caso, a imponer la pena inferior en grado. La aplicación de estos delitos de peligro imprudentes, como en seguida se verá, resulta de lo más confusa porque aborda un tema, el tipo subjetivo de los delitos de peligro, sobre el que tampoco existe acuerdo alguno y sí una notable confusión. En primer lugar, por la dificultad no menor de delimitar conceptualmente el llamado dolo de peligro del dolo eventual de lesión78 y porque la aplicación del tipo imprudente ha de referirse a la concreta modalidad dolosa de delito de peligro de que se trate sobre cuya estructura típica, como ya se ha visto, no existe el menor acuerdo. Y, además, porque la tipificación sucesiva de delitos de peligro dolosos e imprudentes dirigidos a la protección de los mismos bienes jurídicos dificulta la consideración de que los delitos de peligro concreto son en realidad tentativas de delitos imprudentes en las que el autor emprende una conducta peligrosa con conocimiento de las circunstancias que la dotan de peligrosidad pero confiando fundadamente en que el resultado lesivo no se producirá79, como ha mantenido una parte impor-

77 El art.367 (delitos contra la salud pública) remite a todos los artículos anteriores (359 a 366) obligando a imponer, en caso de imprudencia grave, las penas inferiores en grado; el art.358 (delitos de incendio) remite también a todos los delitos anteriores (arts. 351 a 357) para sancionar la imprudencia grave con la pena inferior en grado; y, finalmente, el art.317 que remite al artículo anterior, al art.316, que tipifica la omisión de las medidas de seguridad en el trabajo que ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajos, previendo la pena inferior en grado.

78 Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pág.41 y ss.

79 Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, op. cit., pág.135 y ss. En su opinión, los casos de puro dolo de peligro en los que el sujeto actúa pese a tener consciencia del que de esa forma va a colocar al bien jurídico en una situación de peligro concreto que

tante de la doctrina que los ha equiparado estructuralmente con la imprudencia consciente⁸⁰.

Los nuevos tipos penales constituyen modalidades agravadas de delitos dirigidos a la protección de bienes jurídicos individuales (la indemnidad sexual de los menores) y cuyos tipos básicos definen delitos de lesión, estructura lejana al campo habitual de los delitos de peligro que es el de la protección de bienes jurídicos colectivos. Nos encontramos entonces con que para la aplicación de la modalidad agravada de puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima es preciso haber realizado previamente un abuso o agresión sexual [en el caso del art.183.4 e), por ejemplo] lo que explica que GÓMEZ TOMILLO considere su alcance dudoso y reducido a la puesta en peligro imprudente porque el dolo implicaría la posibilidad de concurso con la tentativa de homicidio que excluiría la apreciación de la agravante por vulneración del *non bis in idem*⁸¹. Aquí se hace especialmente evidente la dificultad que antes se mencionaba de delimitación del dolo eventual de lesión (de la vida y la salud) y del delito de peligro doloso (de puesta en peligro de la vida y la salud) pues ambos parten de un delito de lesión para bienes jurídicos individuales (indemnidad sexual) y sancionan la puesta en peligro dolosa o imprudente de otros bienes jurídicos individuales cuya lesión puede encontrarse vinculada en una progresión

no puede confiar fundadamente en evitar pues escapa a sus posibilidades y capacidades, son estructuralmente idénticos a la imprudencia consciente pues en ambos existe una representación del peligro concreto y una confianza fundada en la no producción del resultado lesivo. En conclusión, según su concepción, los delitos de peligro serían actuaciones imprudentes sin resultado lesivo que son excepcionalmente castigados como delitos autónomos en ciertos ámbitos de la vida social.

80 Aunque también recientemente se haya sostenido que es la tentativa acabada de lesión la que exige lo mismo que el peligro concreto, vid. KISS, Alejandro, “Delitos de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?”, op. cit.

81 GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág.182.

delictiva con la primera. La novedad es doblemente relevante, y la dificultad, también.

Centrándonos en los tipos de peligro que ya se contenían en el CP a través de las cláusulas de remisión, hay que destacar que su aplicación práctica resulta dispar, tanto en su frecuencia como en su concreta interpretación y así, junto a casos de total inaplicación (art.317), encontramos otros en los que los requisitos de la puesta en peligro imprudente varían considerablemente según el ámbito de protección de que se trate y la concreta concepción jurisprudencial de cada una de las diversas modalidades típicas de peligro a las que se remite.

En cuanto al art. 317, no se ha encontrado ninguna sentencia que lo aplique sancionando la creación imprudente de un peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores generada como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por no facilitar a los trabajadores los medios necesarios para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas (art.316 al que se remite y que tiene una estructura de peligro concreto), aunque la escasa jurisprudencia sobre el tema que establece criterios de delimitación con la modalidad dolosa resulta de lo más confusa. Lo cierto es que prácticamente todas las sentencias analizadas (todas las del TS y de las Audiencias Provinciales) entran a valorar si puede aplicarse el art.316 (modalidad dolosa de creación de un peligro grave) debido al hecho de que tiene lugar una muerte o lesiones imprudentes en el curso del trabajo, pero no por la sola puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Las escasísimas que sí analizan únicamente la posible presencia del delito del art.316 lo hacen porque no se solicita (por distintas razones) la aplicación de las lesiones o el homicidio imprudente que sí han acaecido. De manera que, en realidad, la puesta en peligro que exige el tipo penal (y así lo aplica la jurisprudencia⁸²) se prueba en la mayoría de los casos porque se ha concretado en la muerte o en las lesiones graves sufridas por el trabajador.

82 Vid. SAP Madrid 233/2009 de 30 de diciembre.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los criterios de delimitación entre la puesta en peligro dolosa a imprudente, la Sentencia del TS 1355/2000 de 26 de julio, que se cita por otras como guía que sienta jurisprudencia en la materia, no aporta precisamente mucha luz a la cuestión. La sentencia comienza afirmando que “...la insuficiencia de las medidas adoptadas fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia” (Fundamento Jurídico Segundo). Y continúa diciendo que “...una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y la salud de los trabajadores...” (Fundamento Jurídico Segundo). Como puede observarse, comienza afirmando que la diferencia entre las dos modalidades delictivas está en el elemento subjetivo, esto es, en si hay “conciencia del peligro”, pareciendo dar a entender que en la imprudencia tal conciencia no concurre, aunque no se explicita, ya que de ser así se estaría reduciendo el campo de aplicación del tipo penal del art.317 a la imprudencia inconsciente. Y continúa perfilando un argumento que parece remitir a una diferencia de orden material que radicaría en la omisión o no de todas las medidas de seguridad y que se entrelaza con el anterior de carácter subjetivo. De forma que la omisión total de tales medidas de seguridad implicaría conciencia del peligro y permitiría entender que estamos ante a un delito doloso y, en cambio, la adopción de medidas de seguridad aunque insuficientes o defectuosas (o la “ausencia de diligencia en su obligada percepción”)⁸³, no, porque ello permitiría colegir que no exis-

83 Así lo aplica, entre otras, la SAP de Cádiz 391/2008 de 2 de diciembre en la que se afirma que “El empresario incurre en la modalidad dolosa si es

te conciencia del peligro (al haberlas adoptado parcialmente) y sostendría la imputación por delito imprudente⁸⁴.

Este confuso planteamiento desconoce la diferencia entre el conocimiento de la peligrosidad de la conducta que se emprende (valoración *ex ante*) y que puede tener lugar tanto por la omisión de toda medida de seguridad como por la adopción de parte de ellas, y la previsión fundada de que como consecuencia de tal omisión se generará una situación de peligro para la vida o salud de los trabajadores que constituye el resultado del delito (resultado de peligro verificable *ex post*), aunque descartando o confiando en que el resultado lesivo (de homicidio o lesiones) se vaya a producir (ya que si se asume podría plantearse el *dolo eventual* respecto al mismo). Es cierto que en ámbitos como el presente en los que se desarrollan actividades que comportan un elevado nivel de riesgo es difícil afirmar que los profesionales que las llevan a cabo puedan desconocer completamente ese riesgo. Por esta razón la jurisprudencia rechaza la calificación como delito de peligro imprudente cuando se trata de un profesional que conoce la peligrosidad de la conducta o la necesidad de autorización administrativa, siempre que se pueda inferir fundadamente de todo el contexto y de la cualificación profesional del autor que no podía ignorar el peligro derivado de su conducta. Y no es precisa una constancia puntual, exacta, científica y documentada del peligro, sino el conocimiento genérico que puede presumirse de quien se dedica profesionalmente

consciente del peligro o, por su formación, condiciones específicas o circunstancias concurrentes, no puede dejar de representárselo, a pesar de lo cual omite las medidas necesarias que hubieran podido evitarlo. En la modalidad culposa, la falta de previsión del riesgo o la ausencia de diligencia en su obligada percepción han tenido una repercusión menor, pues de haber obrado con diligencia, las medidas de seguridad no hubieran sido tan defectuosas o incompletas” (Fundamento Jurídico Sexto).

84 El tipo doloso requiere que la puesta en peligro se realice “con plena conciencia y constancia del peligro”, y el imprudente poniendo “en peligro concreto los bienes jurídicos protegidos con una conducta calificada jurídicamente de imprudencia temeraria o grave” (Fundamento Jurídico Primero), SAP Madrid 233/2009 de 30 de diciembre.

a las tareas en cuyo desempeño se produjo el riesgo⁸⁵. De ello resulta fácil inferir, como hace la jurisprudencia, que la omisión de toda medida de seguridad dé lugar al tipo doloso. Sin embargo, en algunos casos, esta omisión podría apuntar a una falta total de conciencia del riesgo (al margen en este momento de la obligación de conocimiento) y, por el contrario, la adopción de alguna medida aunque de forma imperfecta, podría indicar una previsión del riesgo que trataría de paliarse en parte con la adopción de tal medida aunque sea de forma defectuosa. E incluso una aceptación del riesgo, cuando consta el pleno conocimiento de la posibilidad de que la situación de peligro se genere pero se decide una adopción parcial de las medidas (por suponer su completa implementación, por ejemplo, un costo económico que el empresario decide no afrontar).

Aunque se pueda concluir, como ya se ha visto, que la omisión de toda medida de seguridad en ámbitos como el presente implica necesariamente la “conciencia del riesgo” no puede de ninguna manera concluirse que la adopción parcial de las mismas no. Se pasa por alto que este delito presenta una estructura de peligro concreto por lo que no es suficiente el conocimiento de la peligrosidad de la conducta que se lleva a cabo, sino también que tal peligrosidad vaya a concretarse en una situación

85 Vid. STS 521/2015 de 13 de octubre que aplica el art.325.1, el delito de contaminación ambiental, afirmando que: “Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla. En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción” (Fundamento Jurídico Primero). Para aplicar la modalidad dolosa, según la sentencia citada, es preciso acreditar el conocimiento y voluntad del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos tóxicos y de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona; y, además, el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente, y cuando menos, la aceptación de sus consecuencias.

de peligro real y próxima para los bienes jurídicos protegidos (ex post) que el autor conoce y no puede evitar o que incluso desea provocar en los casos de dolo directo, aunque descarte fundadamente que el resultado lesivo (la muerte o lesiones del trabajador) vaya a tener lugar o porque puede evitarlo actuando positivamente, o porque confía en la intervención de terceros o de otras circunstancias que lo eviten. Aunque sean pensables técnicamente los casos en que tal situación de peligro se busca deliberadamente con dolo directo, lo habitual en los delitos de peligro es la imputación a título de dolo eventual bien porque el resultado de peligro que deriva de la conducta peligrosa se percibe como probable y aún así se decide continuar con la ejecución de la acción, bien porque constando la alta probabilidad de que tal situación de peligro se produzca no se adopta medida alguna dirigida a impedir la realización del tipo⁸⁶. De este modo, el espacio para la imprudencia se reduce a los supuestos en que con conocimiento de la peligrosidad de la conducta típica (imprudencia consciente) o sin él pero con obligación de conocimiento (imprudencia inconsciente), se cuenta fundadamente con que el resultado de peligro para la vida o la salud de los trabajadores no se producirá (que no el resultado de homicidio o lesiones).

Al margen de la conveniencia político criminal de adelantar la intervención penal a la modalidad imprudente, la ausencia de aplicación deriva del hecho de que la previsibilidad no se remite a la situación de peligro que es consecuencia de la conducta peligrosa cuya peligrosidad debe conocerse, sino a la propia conducta en sí. Si tenemos en cuenta que una parte significativa de las sentencias analizadas sancionan cuando ya se ha producido un resultado de homicidio o lesiones (imprudente) es explicable que los casos en los que se aplican, además de

86 Acertadamente entiende la SAP de Murcia 20/2002 de 26 de enero, que para la aplicación del dolo eventual basta que “el acusado se represente como probable la presencia de una situación de peligro y la existencia de unas normas de seguridad y, a pesar de dicha representación, mantenga la decisión de no adoptar la medida de seguridad, aceptando la aparición del riesgo efectivo”.

aquellos, también los delitos contra los derechos de los trabajadores analizados (que no son la mayoría), la jurisprudencia se decante por el delito doloso del art.316. De nuevo se constatan las dificultades de delimitación del delito imprudente y el doloso (especialmente con dolo eventual) incluso en el caso de los delitos de peligro concreto en los que, en principio y dado que el conocimiento tiene que extenderse también a la situación de peligro para bienes jurídicos individuales consecuencia de la conducta típica, la formulación de criterios para la distinción podría teóricamente realizarse sin tantas dificultades.

En cuanto al art.331 que permite sancionar todos los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts.325 a 330) en su modalidad imprudente, sólo se ha aplicado en siete ocasiones de las veinticinco en que se ha planteado⁸⁷ y solo en dos casos por el TS (uno de ellos el caso Prestige, TS 865/2015 de 14 de enero). El tipo imprudente se ha referido en todos ellos, salvo en uno⁸⁸, al art.325, delito de contaminación ambiental en su modalidad dolosa, que por tratarse de un delito de idoneidad o de aptitud carece en el tipo de la exigencia de producción de un resultado de peligro. Sin embargo, en veinticuatro de los veinticinco casos que han sustanciado tanto el TS como las AP (excepto en STS 1562/2000 de 9 de octubre⁸⁹) consta la existencia de un resultado, de un daño o bien a las personas (diversos tipos de lesiones) o bien al medio ambiente (vertidos a los ríos con

87 En unos casos por aplicación del tipo doloso, y en otros por entender que, o bien el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales no fue grave, o bien no lo fue la imprudencia.

88 En veinticuatro de los veinticinco casos en que se ventila la aplicación del tipo imprudente, se plantea la aplicación del delito contra el medio ambiente del art.325; sólo en un caso la imprudencia tiene como referente el delito contra el patrimonio histórico del art.324.

89 Vid. STS 1562/2000 de 9 de octubre, en el que se sanciona por imprudencia grave en aplicación de las disposiciones relativas al error por entender que el autor desconocía de forma vencible que estaba vulnerando la normativa administrativa. En este caso, además, se trató de una conducta que, sin generar daño, se caracterizó por una elevada peligrosidad al abandonar ocho bidones, algunos de ellos abiertos, con productos altamente tóxicos en las aceras de un núcleo de población.

contaminación de las aguas y mortandad de peces, aves, de otra fauna y de la flora acuifera). Por tanto, y no se trata de un dato baladí, la posible aplicación del delito de peligro imprudente se plantea en aquellos casos en los que ya se ha producido un daño, dato que se utiliza justamente para confirmar la peligrosidad de la conducta que está en su origen y que condiciona la interpretación de este delito (al igual de que en los delitos contra los derechos de los trabajadores, como ya se ha visto).

La jurisprudencia considera que el elemento subjetivo del dolo de este delito no debe referirse a una situación de peligro concreto y menos aún de daño, sino al comportamiento y su idoneidad para generar esa situación⁹⁰. Sin embargo, dado que se aplica casi exclusivamente cuando el riesgo se ha materializado, los elementos y requisitos que se analizan para definir la comisión de este delito en su modalidad imprudente se refieren a la producción del resultado “que sea la parte objetiva de un tipo doloso”⁹¹ (por ejemplo, el caso *Prestige 865/2015 de 14 de enero*⁹²). Para aplicar la modalidad dolosa se requiere que

90 Vid. STS 521/2015 de 13 de octubre en la que se destacan las “singularidades del tipo subjetivo de este delito” en el que para la aplicación de la comisión dolosa hay que acreditar “bien la intención, bien la representación del riesgo y la continuación en la actuación”.

91 Vid. STS 79/2013 de 8 de febrero que define los requisitos de aplicación del art.331: “a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta” (Fundamento Jurídico Segundo). La *STS 865/2015 de 14 de enero enumera* como requisitos de la aplicación del tipo del art.331 además del deber subjetivo y objetivo de cuidado “el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado, y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado” (Fundamento Jurídico Vigésimo Primero). Y ello refiriendo el art.331 a tipos penales que no son de resultado, como el art.325 que define la propia sentencia como de idoneidad o aptitud, por requerir que la conducta típica pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

92 Que aplica la modalidad agravada de riesgo catastrófico del art.326 e) y que refiere el riesgo de contaminación previsible, tanto a la cantidad de fuel

“conociendo el peligro concreto generado por su acción” no se adopte “ninguna medida para evitar la realización del tipo”⁹³. Y en el caso del dolo eventual, que conociendo la peligrosidad de la conducta y la necesidad de autorización administrativa (de lo que se desprende que el acusado “sabía sin duda lo que hacía y quiso hacer lo que hizo”) se realice ésta, sin que pueda deducirse una intencionalidad de perjudicar el medioambiente, pero sí que “las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades, y, pese a ello, ejecuta la acción”⁹⁴. En suma, consciencia del riesgo jurídicamente desaprobado que afecta a un concreto bien jurídico y continuidad en la ejecución de la acción, pues se entiende que es suficiente para aplicar el tipo doloso el conocimiento del peligro concreto generado por la acción sin adoptar ninguna medida para evitar la realización del tipo⁹⁵. Sin embargo, el tipo no exige la creación de una situación de peligro concreto que derive de la acción realizada por el autor, sino la ejecución de una acción peligrosa con conocimiento de su peligrosidad (por ejemplo, vertido de sustancias contaminantes al río de la localidad) y de su idoneidad para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (por su elevada toxicidad, por su gran cantidad, por el bajo caudal del río, o por cualquier otra circunstancia) o de la probabilidad de su idoneidad para causar tal perjuicio a pesar de lo cual se decide continuar con la ejecución delictiva.

También se han encontrado resoluciones que en la aplicación de este delito afirman que en el dolo eventual “se quiere”

transportada (sobre calado) como a la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque

93 Vid. STS 327/2007 de 27 de abril, que sanciona por el tipo doloso del art.325.

94 Vid. STS 442/2000 de 13 de marzo. Por su formación y por el ámbito en el que se desenvuelve no podía desconocer el contenido del vertido al río que efectuó, por lo que tuvo que representarse como posible el daño (subrayado añadido), AP de Lleida, 430/2003 de 11 de julio.

95 Vid. STS 327/2007 de 27 de abril.

el resultado⁹⁶, aunque este tipo penal carezca de él; y otras que entienden que basta con la realización de la conducta sin tener conciencia de que como consecuencia podrían probablemente producirse perjuicios para los bienes jurídicos protegidos (excluyendo tanto al propósito de dañar como al de generar conscientemente un riesgo)⁹⁷. Se observa por tanto cómo en la delimitación del peligro doloso e imprudente y pese a tratarse de un delito de peligro que se define como de idoneidad y que carece por tanto de resultado típico, las referencias al distinto grado de voluntad o conocimiento respecto a éste, a veces como peligro concreto y a veces como resultado lesivo (que, recordemos, ha acaecido en prácticamente todos los casos) son frecuentes; y también, por otro lado, la ausencia de referencias al conocimiento de la idoneidad de la conducta para perjudicar, que no puede considerarse equivalente al conocimiento de la situación de peligro generada por la acción a riesgo de confundir las estructuras típicas.

Por lo que se refiere al tipo imprudente, salvo un caso en el que se aplica la imprudencia por error vencible sobre la normativa administrativa (STS 1562/2000 de 9 de octubre) nos encontramos con supuestos en los que se ventila una ejecución incorrecta o no cuidadosa por no adoptar las medidas de seguridad necesarias para la realización de la conducta sin riesgos, o por no haber advertido la presencia de un peligro grave y que se refiere a la peligrosidad de la conducta que se realiza que, o bien se conoce, o bien debió de conocerse en atención a quién es el destinatario de la normativa administrativa que establece el nivel de riesgo permitido y por tanto el obligado a observarla, y quién realizó la actividad peligrosa o tenía el dominio de su

96 Vid. SAP de Toledo 47/2007 de 17 de mayo en la que se afirma: "...cuando se imputa una conducta a dolo eventual, se está queriendo el resultado de la acción, lo que le diferencia de la culpa consciente, en la que el sujeto confía en que el resultado representado como posible no se producirá. Si se imputa dolo –aún eventual-, se está diciendo que se quiere el resultado, lo que mal se compagina con lo que quisieron -actuación ulterior- los acusados" (Fundamento Jurídico Cuarto).

97 Vid, STS 1562/2000 de 9 de octubre.

ejecución. Por tanto, se aplica en supuestos en los que no se advierte el riesgo o se tiene por escaso o lejano en la ejecución de la conducta que, no olvidemos la práctica jurisprudencial, ha generado un daño. Hay que tener en cuenta que al tratarse de un delito de idoneidad, el conocimiento exigible al dolo se restringe al de la peligrosidad de la conducta constitutiva de delito por su idoneidad para causar daños. Por tanto, para darle cumplimiento sería en principio suficiente con realizar la conducta típica con conocimiento de los elementos que la convierten en peligrosa y además, en idónea en atención a las circunstancias para generar un daño, de ahí que alguna jurisprudencia afirme que la diferencia entre la imprudencia y el dolo eventual es la previsibilidad del daño, posible en la primera y probable en el segundo⁹⁸. Con ello se hace evidente, por un lado, la dificultad de delimitar el dolo de la imprudencia en los tipos de idoneidad si es que va a depender de la previsibilidad o de la probabilidad del daño según el caso; con la consecuencia de que, como el número y el contenido de las resoluciones que sancionan por imprudencia indican, se tiende a la aplicación del delito doloso por ser suficiente el conocimiento sobre la “probabilidad del daño” que derivaría de la realización de la conducta típica.

En tercer lugar, en los delitos contra la salud pública y con respecto a la aplicación de la clausula de imprudencia del art.367 encontramos solo seis sentencias de Audiencias Provinciales en las que se ventila esta disposición (cuatro de ellas condenatorias) de las que la mitad se inician por lesiones a distintas personas como consecuencia de la ingestión de productos o en mal estado, o en cuya elaboración se utilizaron sustancias no permitidas. De nuevo pues, y a pesar de tratarse de delitos que protegen la salud pública y en la mitad de los casos de peligro abstracto (art.364), se plantean por la causación de resultados lesivos.

En muy pocas de las resoluciones se entra a explicar la opción por el tipo imprudente y en ninguna de ellas se hace refe-

98 Vid. SAP de Cantabria 173/2007 de 15 de mayo.

rencia a la diferencia que supone aplicar la clausula de la imprudencia del art.367 con relación a un delito de peligro abstracto (diversos apartados del art.364) o a un delito de peligro concreto (diversos apartados del art.363). En algunas se afirma que para aplicar la modalidad dolosa no basta “la conciencia de la probabilidad” sino “la constatación o el pronóstico concreto de lo que pudo ocurrir en el caso particular”; y ello en aplicación del art.364.2.1º (que sanciona la administración a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados) que constituye una modalidad de delito de peligro abstracto, pese a lo cual se afirma que debe exigirse “la identificación de un nexo causal entre la acción y el riesgo generado”⁹⁹. En esta resolución se establece la diferencia entre la modalidad dolosa e imprudente entendiéndose que en la primera “se impulsa o se decide llevar adelante la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso específico”, por lo que si el “riesgo potencial para la salud es debido a una conducta voluntaria del sujeto siendo consciente de la probabilidad del riesgo para la salud (por tanto conciencia de la probabilidad del daño), estaríamos ante la modalidad dolosa; y por otro lado, si la probabilidad del riesgo

99 Vid. SAP Toledo 54/2001 de 3 septiembre, que absuelve del delito contra la salud pública en su forma dolosa, condenando por la modalidad de imprudencia grave del art.367, en un caso en el que se detecta sulfametazina en unas cabezas de porcino que iban a sacrificarse para el consumo humano y se prueba que la sustancia había sido suministrada con fines terapéuticos, en dosis aplicadas sin la previa y específica prescripción técnica mediante receta veterinaria extendida en documento normalizado al efecto, no respetando el plazo de espera reglamentariamente establecido para el sacrificio de los citados animales. La Audiencia sanciona por imprudencia grave, en contra del criterio del Tribunal de instancia que condenó por la modalidad dolosa, atendiendo a que se trató de una actuación negligente “por no aplicar los deberes específicos de cuidado y prevención exigidos por las normas de carácter técnico y legal que expresan prohibiciones de conductas para un supuesto específico en que la experiencia científica demuestra una gran probabilidad de riesgo potencial para la salud de las personas” (Fundamento Jurídico Segundo).

para la salud se genera por una falta de cuidado o precaución, estaríamos ante la modalidad imprudente (se entiende que por advertir que la conducta no es lo suficientemente peligrosa); por eso se afirma que esta materia está “impregnada de un notorio relativismo, situándose el «quid» de tan imprecisa cuestión en apreciar la cantidad de error y el «quantum» de su inexcusabilidad, que es precisamente lo que da lugar al reproche, no siendo exigible la infalibilidad, siempre que no se aprecie una extrema gravedad atendiendo a las directrices que se desprenden de las normas específicas reguladoras de la actividad de que se trata”. En cualquier caso y tratándose de un delito de peligro abstracto, sanciona por imprudencia a pesar de realizarse la conducta típica suministrando a los animales sustancias permitidas en dosis superiores (y sin prescripción médica, sin receta veterinaria y sin respetar los plazos de espera establecidos antes del sacrificio de las reses, siendo el autor ganadero) seguramente porque se realiza con fines terapéuticos y por tanto entendiendo que la conducta no es lo suficientemente peligrosa, aunque sea evidente la superación del riesgo permitido. Igual que en casos en los que se aplican modalidades de peligro concreto (como el art.363.3 que en su modalidad dolosa exige «la puesta en peligro de la salud de los consumidores»¹⁰⁰) en los que probada la peligrosidad de la conducta (la toxicidad del alimento que se tiene en posesión) y probado que el autor conocía el peligro que implicaba para el

100 Vid. SAP de Pontevedra 79/2007 de 19 junio en un caso en que se detiene a dos personas que han capturado vieiras tóxicas, en el que se obvia por completo el análisis del peligro concreto y en el que la sentencia concluye afirmando: “Acreditado que las vieiras incautadas superaban a cuerpo entero la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de la toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 49,2 microgramos de ácido domoico por gramo (...), cantidad (que) excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo y que el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo, debe entenderse consumado el delito por el que resulta condenado el ahora recurrente, ya que este delito se perfecciona y consuma con la simple posesión del producto en tales condiciones con propósito y ánimo de venta a terceras personas..” (Fundamento Jurídico Segundo).

consumo (consciencia por tanto del riesgo), se aplica el art.367 (modalidad imprudente) sin hacer referencia alguna al resultado de peligro que el tipo contempla y que debe poder imputarse a la conducta realizada, también cuando se trata de un delito imprudente. De modo que, en este caso, la realización de una conducta peligrosa y la consciencia del riesgo para la salud que representa no supone sin embargo la aplicación de la modalidad dolosa, sino la imprudente a pesar de la ausencia de resultado (aunque sería más acertado pensar en una tentativa de delito de peligro concreto que resulta sin duda excesiva político criminalmente, pero no inviable técnicamente).

Confusión de nuevo entre modalidades dolosas e imprudentes, y falta de adecuación de la imprudencia a la concreta estructura típica del delito de peligro doloso a que se refiere.

En cuanto a los delitos de incendio y aunque las declaraciones de principio de alguna jurisprudencia y doctrina pudieran llevarnos a pesar lo contrario, la situación es similar a la que venimos señalando. En la aplicación del delito imprudente de incendio por imprudencia grave del art.358 (que remite a los delitos de incendio de los arts.351 a 357) se parte de que estamos ante un “tipo penal de imprudencia con resultado de peligro para la vida o la integridad de las personas”. Este artículo, según criterio del TS, exige siempre un resultado “aun cuando éste venga constituido por una situación de peligro, incluso de peligro presunto”¹⁰¹. Por tanto, según jurisprudencia del TS¹⁰², para el tipo imprudente se requiere además de la omisión de las cautelas más elementales, una previsibilidad notoria del evento y de sus resultados, porque para poder “imputar objetivamente el resultado al autor de la acción negligente ha de requerirse que el mismo sea previsible para el autor”¹⁰³. Puede así apreciarse que,

101 Vid. STS 823/2014 de 18 de noviembre.

102 Vid. STS 67/2015 de 9 de febrero.

103 Vid. STS 823/2014 de 18 de noviembre; y además, y dada la exigencia de gravedad de la imprudencia, “que esa previsibilidad sea de tal entidad que la imprudencia merezca esa valoración de gravedad”.

teóricamente, alguna jurisprudencia distingue en la modalidad dolosa entre la conducta típica que consiste en provocar un incendio (que debe ser voluntaria) y (al menos) el conocimiento de que como consecuencia va a originarse una situación de peligro para las personas que constituiría el resultado de peligro que habría que imputar objetivamente al autor (y verificar ex post). Sin embargo, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia interpreta los delitos de incendio que típicamente configuran un resultado como delitos de idoneidad o de aptitud, en la aplicación del tipo doloso le basta el hecho de prender fuego sin que pueda excluirse ex ante la posibilidad de afectación al bien jurídico, que solo quedaría anulada si pudiera concluirse de antemano que no es factible (ex ante) que se acaben poniendo en peligro los bienes jurídicos de carácter personal que tutela el precepto con la conducta incendiaria¹⁰⁴. Así las cosas, la modalidad dolosa de incendio “no exige la voluntad de causar daños personales y basta que la intención (o el dolo eventual) abarque sólo el hecho mismo de provocar el incendio¹⁰⁵, y no el peligro resultante para las personas, ya que es suficiente que éste sea conocido por él”. En cambio, en el delito imprudente muda tal constancia “por la previsibilidad y estabilidad del citado peligro”¹⁰⁶. Si se entiende

104 Vid. STS 1136/2009 de 4 de noviembre, siendo irrelevante que, a pesar de que ex ante no pueda excluirse la posibilidad de que los bienes jurídicos “se acaben poniendo en peligro”, se pueda excluir ex post en atención a la entidad del fuego, su intensidad, el tipo de sustancia que se prende y el resto de circunstancias presentes en el momento de realizar la conducta típica (Fundamento Jurídico Cuarto).

105 Si existe intencionalidad en el hecho de prender fuego a un objeto, conociendo que así de causa un riesgo, el delito es ya doloso, STS 753/2002 de 26 de abril, aunque pudiera ser que el autor calcule mal fundamentadamente la idoneidad del fuego para propagarse o para prenderse.

106 STS 381/2001 de 13 de marzo. Siendo relevante que se disponga o no de medios suficientes para evitar la propagación del fuego, o bien que se genere una situación de riesgo “que no estaba en su mano controlar después, dadas las características del terreno, la climatología propia del tiempo y lugar en que se produjeron los hechos y la falta de medios eficaces para poner fin a un contado de incendio, ya que no había otros que los correspondientes a las instalaciones domésticas de la vivienda, no destinados a tal fin”, SAP Madrid 884/2016 de 12 de diciembre.

que el dolo eventual se refiere únicamente al hecho de provocar el incendio sin que pueda excluirse ex ante la afectación al bien jurídico y la imprudencia implica la previsibilidad del peligro, la diferencia está únicamente en que el incendio tenga lugar de forma dolosa o con infracción del cuidado debido, al margen de la situación de peligro que como consecuencia se cause. Se obvia de nuevo tanto la literalidad del precepto que se configura como de peligro concreto, como la imputación de dicho resultado o de forma dolosa o imprudente a la conducta de prender fuego que realiza el autor. Si se tuviesen en cuenta ambos la aplicación de las modalidades dolosa e imprudente sería muy diferente, exigiendo la primera que el resultado de peligro se tuviese por seguro por no poder evitarse (concurriendo el dolo eventual si tal resultado fuese muy probable), y que pudiese descartarse por completo la posibilidad de que pudiesen producirse resultados de homicidio y lesiones. Por otro lado, el tipo imprudente se substanciaría si en la realización de la conducta peligrosa de prender fuego se descarta la posibilidad de que el resultado de peligro se produzca (por ejemplo, por pensar fundadamente que en las circunstancias en que el fuego se prende no existe riesgo de propagación), y ello al margen de que el hecho de prender fuego sea voluntario o no.

En suma, como el análisis de la jurisprudencia analizada ha puesto de manifiesto, las dificultades en la delimitación de los delitos de peligro dolosos e imprudentes son notorias, y agudizadas por la falta de acuerdo sobre la interpretación de los tipos penales de peligro que tienden a aligerar de requisitos la comprobación de éste mutando el peligro concreto en idoneidad de la conducta para causarlo y esta, a su vez, en peligro abstracto pese a las exigencias típicas. Si a ello se anuda la tendencia a prescindir de la remisión del peligro a los bienes jurídicos individuales típicos para recurrir a los colectivos en los que estos tipos se enmarcan, y la dificultad de delimitar los tipos dolosos de los imprudentes en este ámbito, se dibuja el cuadro que permite una aplicación extensiva del delito doloso.

Frente a esta situación, y en ámbitos en los que políticamente se decide intervenir expansivamente como es el de la protección de la libertad e indemnidad de los menores, la eliminación de la diferencia punitiva entre la puesta en peligro dolosa e imprudente viene a “uniformizar” la protección (ignorando las consecuencias dogmáticas), diluyendo por ende las dificultades interpretativas y aplicativas señaladas que tratan de diferenciar dos modalidades típicas que al legislador le parecen político criminalmente similares.

V. Valoración crítica sobre la equiparación punitiva del resultado lesivo y el peligro abstracto

La reforma del CP de 2015 que venimos analizando introduce por vez primera una equiparación en la sanción de delitos de lesión y de peligro que también ha pasado bastante desapercibida salvo alguna excepción¹⁰⁷ y que supone, sin embargo, una clara vulneración del principio de proporcionalidad¹⁰⁸ por establecer la misma pena a conductas con un desvalor material claramente diverso. Así sucede en el tipo básico del art.325.1 (delito de contaminación ambiental) que define una conducta típica que «cause o pueda causar daños sustanciales» a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas¹⁰⁹.

107 Vid. la contundente opinión de MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág.500, para quien resulta inexplicable que se equiparen en gravedad los casos de producción de resultados lesivos y los de mero peligro.

108 Como afirma también MARQUÈS I BANQUÉ, María, con respecto al art.325, *Comentarios a al Código Penal Español*, op. cit., pág.813.

109 Art.325.1 «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí

Con esta expresión se sustituye a la anterior que requería que la conducta típica «pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», que pasa ahora a configurar el tipo agravado del art. 325.2¹¹⁰. Del mismo tenor se dota la nueva redacción del art.326.1 (gestión ilegal de residuos). Ciertamente es que una redacción similar se había incorporado ya a otros delitos, como el anterior art. 328.2¹¹¹, actual art.326 bis (explotación de instalaciones peligrosas) y el art. 345.1 (posesión, uso y tráfico de material nuclear o radiactivo, que no se ha visto alterado en este punto con la reforma)¹¹², pero estos tipos penales tienen una aplicación mucho menor que el tipo básico de contaminación ambiental donde ahora se encuentra, por lo que la reciente modificación tiene una trascendencia indiscutible. La redacción dada a los arts.325.1, 326.1 y 326 bis se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 en la necesidad de adaptar nuestra legislación medioambiental a la Directiva 2009/123/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE), aunque esta redacción ya fue utilizada por la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal para distintos delitos. En cualquier caso hay que resaltar que la exigencia de equiparación punitiva

mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas».

110 Art.325.2 «Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión y oficio por tiempo de uno a tres años».

111 Art.326 bis tipifica la explotación de instalaciones «en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales».

112 El art.345.1 tipifica la posesión, uso y tráfico de material nuclear o radiactivo «u otras sustancias radiactivas o peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad de suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas».

entre peligro y lesión no se contiene en ninguna de las dos¹¹³. También la redacción de los arts.326.1 y 326 bis se explica en el cumplimiento de la Directiva 2008/99/CE.

Esta formulación ha sido considerada por la mayoría de la doctrina de forma indiferenciada como una forma de tipificación del peligro hipotético¹¹⁴ o del peligro abstracto¹¹⁵, a veces sin acudir a estas denominaciones tradicionales, sino destacando la vinculación del riesgo” a la capacidad de causar” daños, o a la “aptitud” de las conductas típicas para causar¹¹⁶. La escasa jurisprudencia que hasta el momento se encuentra sobre la aplicación de la nueva redacción del art.325 se remite a su estructura de peligro hipotético como si no se hubiese operado modificación alguna¹¹⁷ y al tiempo, y a la hora de probar la existencia de los requisitos típicos, afirma que tiene que darse el resultado que consistiría en que la conducta realizada “pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”¹¹⁸.

113 MARQUÈS I BANQUÉ, María, *Comentarios a al Código Penal*, op. cit., pág.813.

114 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., págs. 500 y 501; MARQUÈS I BANQUÉ, María, *Comentarios a al Código Penal*, op. cit., pág.813 entiende que «pueda causar» “debe interpretarse como un delito de peligro en su modalidad de «peligro hipotético» en la misma línea que venía siendo interpretado el requisito de grave peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, ahora en el apartado segundo del art.325”. Entiende que es elemento del tipo la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir el peligro, MESTRE DELGADO, Esteban, *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2016, pág.614.

115 ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Derecho Penal*, op.cit., pág. 559.

116 MARTÍN LORENZO, María, “Delitos de contaminación”, *Memento Penal*, op. cit., pág. 1491;

117 Vid. las dos únicas sentencias que hasta la fecha han aplicado la nueva redacción: una del TS, 521/215 de 13 de octubre y la otra de la AP de Madrid, 488/2016 de 5 de julio. Esta última aplica el art.325.2 por crear un riesgo grave de perjuicio para la salud de las personas en un caso en el que el exceso de ruido produce lesiones a tres personas.

118 Vid. STS 521/215 de 13 de octubre, en la que pese a reafirmar su carácter de delito de idoneidad o de aptitud, que no tipifica un propio resultado de peli-

No puede decirse, sin embargo, que la interpretación de esta expresión que ya se contenía en tipos penales anteriores sea precisamente unánime. Podemos encontrar por un lado (y solo a modo de ejemplo), a quienes consideran que el art.345.1 («materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves») configura un delito de peligro abstracto porque el precepto exige que “los materiales y sustancias mencionados sean peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas o importantes daños a la calidad del aire, del suelo, aguas o a animales a plantas”, por lo que se consumaría “con la simple realización de alguna de las conductas descritas aunque no se produzca ningún riesgo que recaiga sobre personas concretas”¹¹⁹. También a quienes entienden que el art.326 bis («explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa... de modo que causen o puedan causar daños sustanciales») es un delito de peligro hipotético y que al mismo tiempo requiere, como elemento típico, un resultado de peligro o lesión de los descritos¹²⁰. O que el art. 326.1 (transporte de residuos «de modo que causen o puedan causar daños sustanciales») exige un “resultado de peligro”, en la línea de los delitos de peligro concreto¹²¹. Y que «cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica», modalidad agravada del delito de insolvencia punible del art.259 bis 1ª, requiere que “se cree el

gro concreto, sino un comportamiento idóneo para producirlo, se concluye en el caso que se enjuicia que. “se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante”.

119 ARMAZA ARMAZA, Emilio José, “Delitos contra la seguridad colectiva I”, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág.557.

120 MARQUÈS I BANQUÈ, María, *Comentarios a al Código Penal*, op. cit., pág.821.

121 MESTRE DELGADO, Esteban, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.) Y OTROS, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015, pág.305.

peligro de causar un perjuicio patrimonial”¹²² lo que parece remitir al peligro concreto. También hay sentencias que entienden que la expresión «de modo que pueda causar» (un peligro grave y manifiesto a los consumidores) que ya contenía, entre otros, el art.382 CP de publicidad fraudulenta (que no equiparaba el daño con el peligro abstracto) en la redacción dada por LO 15/2003 de 25 de noviembre, es una forma de aludir al peligro concreto¹²³.

Al margen de las contradicciones descritas, la trascendencia de esta expresión va más allá de una mera discrepancia interpretativa o aplicativa. En efecto, la referencia a que la conducta típica «cause o pueda causar» ha sido interpretada como una forma de adjetivar ésta que configuraría un delito de idoneidad mediante la definición de las notas que son expresión de la peligrosidad de la conducta que se tipifica en los respectivos delitos con respecto a los bienes jurídicos protegidos. Pero no hay que pasar por alto como habitualmente sucede, que la expresión no remite únicamente a la idoneidad de la propia conducta para generar un daño, sino al propio resultado que aparece vinculado a la misma. De modo que la equiparación punitiva no se refiere a que la conducta sea *ex ante* idónea para causar o también poder causar daño, sino a que efectivamente lo cause (resultado lesivo) o pueda causarlo (peligro, o abstracto, o hipotético, o incluso concreto, como ya se ha visto). La idéntica sanción a conductas con un desvalor material claramente diverso cuestiona sin duda

122 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “Insolvencias punibles” *Memento Penal 2017*, ed. Lefebvre, Madrid, 2016, pág.1257.

123 Vid. S. Juzgado de lo Penal de Madrid 268/2014 de 4 de julio en la que se afirma “que es necesario verificar en cada situación concreta si el contacto entre la alegación falsa y el patrimonio o la libertad de disposición económica de los consumidores puede originar por sí mismo, sin la concurrencia de otros factores, un peligro concreto para el bien jurídico”. Afirma también que el art. 382 protege como “bien jurídico genérico” “el patrimonio, incluso la libertad de disposición económica, como bien jurídico individual, que se pone en peligro, cuyo contenido concreto, puesto en peligro con el comportamiento descrito en el art.282, constituye el bien jurídico protegido específico, identificado con el interés difuso del grupo colectivo de consumidores...” (Fundamento Jurídico Quinto, los subrayados no están en el texto).

el principio de proporcionalidad. Sin ninguna necesidad, por otra parte, ya que el término de referencia de la conducta típica está claramente delimitado (sin entrar ahora en valoraciones sobre la naturaleza del bien jurídico protegido en estos delitos) y puede determinarse el daño “sustancial” a «la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas» para diferenciar el “resultado lesivo” fruto de la conducta típica, de la idoneidad de esta misma para causarlo. Resultado que es, en cualquier caso, muy diferente a que la conducta típica pueda perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales (como recogía anteriormente el tipo básico de contaminación ambiental) o, más aún, pueda poner en peligro la salud de las personas.

De nuevo una tipificación extensiva que equipara punitivamente conductas con un desvalorar material claramente diverso y que permite facilitar, “uniformizar” y “automatizar” la aplicación del delito. Se restringe la valoración jurisprudencial del peligro en atención a las circunstancias del caso concreto, asegurándose un menor margen interpretativo en la aplicación del precepto y se difumina una diferencia que, político criminalmente, se valora legislativamente como poco relevante.